

**Einstweilige Anordnung in Kartellverfahren
unter rechtsvergleichender Darstellung
der Regelung in den Europa-Verträgen
und im amerikanischen Antitrustrecht**

Dissertation

vorgelegt

**der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät der Johannes
Gutenberg - Universität zu Mainz**

von

Regierungsrat

Hans Joachim Katzke

aus Berlin

Mainz 1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026



Einstweilige Anordnung in Kartellverfahren unter rechtsvergleichender Darstellung der Regelung in den Europa-Verträgen und im amerikanischen Antitrustrecht

Dissertation

vorgelegt

**der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät der Johannes
Gutenberg - Universität zu Mainz**

von

Regierungsrat

Hans Joachim Katzke

aus Berlin

Mainz 1965

1. Referent: Prof. Dr. Bartholomeyczik

2. Referent: Prof. Dr. Pleyer

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1965

Druck und Einband:

Rudolf Stehle GmbH & Co, KG, Düsseldorf, Klosterstr. 114
Tel.: 35 03 72

Der 2. Beschlußabteilung
des Bundeskartellamtes

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Abschnitt

Die Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	1
--	---

1. Kapitel

Einleitung: Die Problematik des § 56 GWB	1
--	---

2. Kapitel

Die bisherige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und des Kammergerichtes bei einstweiligen Anordnungen	4
--	---

A. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes	5
---	---

I. in Erlaubnisverfahren	5
--------------------------	---

a) zur Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis	6
--	---

aa) für die Dauer einer Ausstellung	6
-------------------------------------	---

1. Langfräsmaschinen	6
----------------------	---

2. Jahresbericht 1960, S. 193	6
-------------------------------	---

bb) zur Fortführung einer bereits vor Inkrafttreten des GWB begonnenen Gesellschaft	7
---	---

- Kieler Fischgroßhandels GmbH & Co.	7
--------------------------------------	---

cc) für die zeitlich und sachlich begrenzte Zusammenarbeit auf Grund eines Zwischenvertrages	7
--	---

- Rheinstahl - Bautz	7
----------------------	---

dd) zur Ermöglichung der Vertragsänderung eines bei Antragstellung unter Art. 85 des EWG-Vertrages fallenden Exportkartells nach § 6 Abs. 2 GWB	8
---	---

- Jahresbericht 1963, S. 75	8
-----------------------------	---

b) Vorläufige Erlaubnis bis zur Entscheidung über den Verlängerungsantrag	8
---	---

1. Thomasphosphatsyndikat	8
---------------------------	---

2. Radsatz- und Reifengemeinschaft e.V.	9
---	---

II. in Mißbrauchsverfahren	9
----------------------------	---

a) vor Erlass der Hauptentscheidung	10
-------------------------------------	----

- II -

	Seite
aa) in Verfahren nach § 17 GWB	10
1. Alpenmilch	10
2. Tobler	10
bb) in Verfahren nach § 18 GWB	13
- Elektro-Discount	13
cc) in Verfahren nach § 27 GWB	13
- Mineralölverband	13
b) zusammen mit oder nach Erlaß der Haupt- entscheidung	14
aa) in Verfahren nach § 17 GWB	14
1. 53-cm-Fernsehgeräte	14
2. Grobwaschmittel	15
3. Großgebände	16
4. Tapeten	18
bb) in Verfahren nach § 18 GWB	18
- Melitta	18
III. bei "Überläuferkartellen"	20
a) zur Legalisierung solcher Vertragsände- rungen, die nicht mehr durch § 106 Abs. 2 GWB gedeckt sind	21
1. Textilveredler	21
2. Mühlenkartell	21
b) bei Mißbräuchen von "Überläuferkartellen"	22
aa) vor Entscheidung über den Erlaubnis- antrag	22
- Ruhr-Schwefelsäure-GmbH (SV)	22
bb) nach Ablehnung des Erlaubnis- antrages	23
1. Rechtselbische Zementpreise	23
2. Textillohnveredlung II	24
IV. nach unterlassenem Widerspruch	25
- Rabattkartell der Linoleumhersteller	25

	Seite
B. Die bisherige Entscheidungspraxis des Kammergerichtes (nach der Reihenfolge der Entscheidungen)	25
1. Tobler	26
2. Rabattkartell der Linoleumhersteller	27
3. Rechtselbische Zementpreise III	27
 3. Kapitel	
Zusammenfassung der bisher in Entscheidungspraxis und Literatur geäußerten Ansichten	29
I. Mit einer einstweiligen Anordnung kann in Kartellverfahren auch die sofortige Vollziehung der Hauptentscheidung angeordnet werden (extensive Auslegung)	29
II. § 56 GWB umfaßt nur den Anwendungsbereich von § 123 VwGO (restriktive Auslegung)	32
III. Einstweilige Anordnungen sind als selbständige Verwaltungsakte in Kartellverfahren außerhalb der Hauptentscheidung möglich	33
 4. Kapitel	
Kritische Auseinandersetzung mit der bisherigen Entscheidungspraxis und Literatur und eigener Lösungsversuch	35
§ 1 Das Verhältnis von einstweiliger Anordnung und Suspensiveffekt im GWB. Der Anwendungsbereich des § 56 GWB	35
A. Wortinterpretation des § 56 GWB	35
B. Entstehungsgeschichte und Auslegung des § 56 GWB anhand der Gesetzesmaterialien	36
C. Auslegung nach der Systematik und dem Sinn und Zweck des Gesetzes	40
D. Exkurs	50
1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann in Kartellverfahren auch nicht auf § 80 VwGO gestützt werden	50
2. Auch in Verfahren nach §§ 17 und 18 GWB kann die Kartellbehörde nicht ausnahmsweise die sofortige Wirksamkeit ihrer Hauptentscheidung anordnen	52

	Seite
§ 2 Inhalt und Folgen einer einstweiligen Anordnung	53
A. während der Dauer der einstweiligen Anordnung	53
a) Die einstweilige Anordnung als vorläufige Erlaubnis der Praktizierung bzw. öffentlich-rechtliches Verbot der Handhabung eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrages ohne Einfluß auf das zugrunde liegende privatrechtliche Verhältnis	53
b) Schadensersatz bei Zuwiderhandlung gegen eine einstweilige Anordnung	55
c) Zuwiderhandlung gegen eine einstweilige Anordnung als Ordnungswidrigkeit	56
B. nach Aufhebung der einstweiligen Anordnung durch eine entgegenstehende Hauptentscheidung	56
a) Ansprüche gegen den durch die einstweilige Anordnung Begünstigten	56
b) Ansprüche gegen die Kartellbehörde	58
§ 3 Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung	60
A. Die einstweilige Anordnung ist ein Verwaltungsakt	60
B. Die Eigenständigkeit der einstweiligen Anordnung des § 56 GWB	60
C. Einstweilige Anordnung als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung	71
D. Die Voraussetzungen im einzelnen	72
1. in Erlaubnisverfahren	73
a) vor der ersten Erlaubnis	73
b) vor der Entscheidung über einen Verlängerungsantrag	73
2. in Mißbrauchsverfahren	74
a) vor der Hauptentscheidung	74
b) zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung	75
E. Das Antragsrecht bei einstweiligen Anordnungen	78
F. Keine vorherige Abmahnung nach § 17 Abs. 2 GWB erforderlich	78

	Seite
§ 4 Zeitpunkt und Zuständigkeit für den Erlaß sowie Dauer der Wirksamkeit einer einstweiligen Anordnung	80
A. Zeitpunkt und Zuständigkeit	80
B. Dauer der Wirksamkeit	82
§ 5 Der Rechtsschutz bei einstweiligen Anordnungen	84
A. Der Rechtsweg gegen erlassene einstweilige Anordnungen	84
I. gegen einstweilige Anordnungen nach § 56 GWB mit oder ohne gleichzeitige Heranziehung des § 80 VwGO	84
a) Der Rechtsweg nach dem GWB	84
b) Unmittelbare Anrufung des Oberlandesgerichtes gegen erstinstanzliche einstweilige Anordnungen des Bundeskartellamtes im Wege verfassungskonformer Auslegung des GWB	84
II. gegen eine unmittelbar auf § 80 VwGO gestützte Anordnung der sofortigen Vollziehung	87
III. Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels	88
B. Rechtsmittel bei unterlassener einstweiliger Anordnung	91
§ 6 Weitere Einzelfragen zur einstweiligen Anordnung	92
1. Keine einstweilige Anordnung zur Abstellung des Mißbrauchs eines Erlaubniskartells im Erlaubnisverfahren	92
2. Keine Beiladung nur für eine einstweilige Anordnung	93
3. Gebühren bei einstweiligen Anordnungen	93

2. Abschnitt

Die Regelung in den Europa-Verträgen	94
A. Rechtsgrundlagen für den Erlaß einstweiliger Anordnungen	94
B. Die Erfordernisse der Antragsschrift	96
C. Der Anwendungsbereich einstweiliger Anordnungen	97

	Seite
D. Der Gang des Verfahrens	97
E. Die bisherige Entscheidungspraxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften	99
a) bei Anträgen auf Aussetzung des Vollzuges von Maßnahmen eines Organes der europäischen Gemeinschaften	99
b) bei Anträgen auf Erlaß "sonstiger einstweiliger Anordnungen"	103

3. Abschnitt

Die Regelung im amerikanischen Antitrustrecht	104
A. Einstweilige Anordnungen in Verwaltungsverfahren der Federal Trade Commission	105
B. Einstweilige Anordnungen in Zivilverfahren	107
a) der Antitrustdivision des US Department	107
b) von Privatpersonen	111

Anhang I

Text des am 5. Januar 1965 vom Abgeordneten Roosevelt im amerikanischen Repräsentantenhaus eingebrachten Gesetzgebungsentwurfes - 89th Congress 1st Session H.R. 1574 - zur Ergänzung von Section 5 des Federal Trade Commission Act durch Bestimmungen über die Verleihung der Befugnis zum Erlaß sog. temporary cease and desist orders an die Federal Trade Commission

Änderungsvorschläge von Mr. Dixon im Hearing am 24. Mai 1962 vor dem Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives

Anhang II

Text eines vom Abgeordneten Celler im amerikanischen Repräsentantenhaus eingebrachten Gesetzgebungsentwurfes - H.R. 13032 - zur Ergänzung von Section 15 des Clayton Act betreffend Erleichterung der Voraussetzungen für den Erlaß einer preliminary injunction durch die Gerichte bei Verletzung von Section 7

Schrifttumsverzeichnis

- | | |
|---------------------------|--|
| Änderungsvorschläge | Änderungsvorschläge des Bundesrates vom 21.5.1954 (Anlg. 2 zur Bundestagsdrucksache 1158), abgedruckt in der 1. Auflage des Gemeinschaftskommentars, S. 1129 ff |
| Attorney General's Report | Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, March 31, 1955, Washington |
| Bartholomeyczik, Horst | in Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 3. Auflage 1965, Köln - Berlin - Bonn - München |
| ders. | Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Auflage 1965, Frankfurt/Main |
| Bähr, Otto | Der Rechtsstaat, 1961 (Neudruck der Ausgabe 1864), Aalen |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, 8. Auflage 1959, Berlin - München |
| Baur, Fritz | Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZZP, Band 72, S. 1 ff |
| ders. | Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, S. 707 |
| Becher, Hans B. | Der Sofortvollzug kartellbehördlicher Verfügungen, NJW 1965, S. 616 ff |
| Bebr, Gerhard | in Kölner Schriften zum Europarecht, Band 1, 10 Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 1965, Köln - Berlin - Bonn - München |
| ders. | Judicial Control of the European Communities, 1962, London |

- Begründung Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Nach Anlage I zur Bundestagsdrucksache 1158, abgedruckt in der 1. Auflage des Gemeinschaftskommentars, S. 1057 ff
- Bericht Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. VI. Gemeinsame Bestimmungen; Ordnungswidrigkeiten; Behörden; Verfahren; Übergangs- und Schlußbestimmungen. Berichterstatter: Abgeordneter Dr. Wahl, abgedruckt in der 1. Auflage des Gemeinschaftskommentars, S. 1196 ff
- Dernburg, Heinrich Pandekten, 1. Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 3. verbesserte Auflage, 1892, Berlin
- Dörinkel, Wolfram Die Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1965, S. 809 ff
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage 1961, Berlin - Köln - München - Bonn
- Elman, Philip Rulemaking Procedures in the FTC's Enforcement of the Merger Law, Harvard Law Review, 1964, Number 2, S. 385 ff
- Emge, Carl August Über den Unterschied zwischen "tugendhaftem", "fortschrittlichem" und "situationsgemäßem" Denken, ein Trilemma der "praktischen Vernunft". Akademie der Wissenschaften und der Literatur. Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse, Jahrgang 1950, Nr. 5, Wiesbaden
- Ewald, Heinz Bundeskartellamt und Kartellgesetz, WuW 1958, S. 317 ff
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage 1962, München - Berlin
- Forsthoff, Ernst Die Verfahrensvorschriften im Kartellgesetz, Festschrift für Rudolf Isay (Beiträge zum Wirtschaftsrecht), 1956, Köln - Berlin

Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1961, München - Berlin
Freiwillige Ketten	Freiwillige Ketten gegen All- gäuer Alpenmilch, Anmerkung der Schriftleitung in MA 1958, S. 573 ff
Fromm, Günter	Nochmals: Aufhebung des Suspen- siveffektes im Kartellverfahren? BB 1965, S. 612 ff
ders.	Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, VerwArch. 1965, Heft 1, S. 26 ff
Gaedke, Jürgen	Das Recht der Europäischen Gemein- schaft für Kohle und Stahl, 1954, München und Berlin
Gleiss, Alfred	Wann werden Konditionen-, Ra- batt- und Normenkartelle wirksam, NJW 1958, S. 530 ff
Gleiss-Hirsch	EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2., wesentlich erweiterte Auflage, 1965, Heidelberg
Günther, Eberhard	Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, S. 111 ff
Gutzler, Helmut	Die Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1965, S. 917 ff
Haueisen, Fritz	Verwaltungsakte mit mehreren Be- troffenen, NJW 1964, S. 2037 ff
ders.	Anmerkung in NJW 1965, S. 1682 zum Beschluß des Bundesfinanz- hofes vom 9.2.1965 über die Unzu- lässigkeit einstweiliger Anord- nungen in der Finanzgerichtsbar- keit
Hirsch, Ernst E.	Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 330, 1958, Bern
Huber, Erst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage 1953, Tübingen
Hüttl, Adolf	Zur Auslegung des Rechts, beson- ders des öffentlichen Rechts. Bahnt sich eine Wandlung des Rechtsstils an? DÖV 1965, S. 61 ff
Ithering, Rudolph von	Zweck im Recht, Band 1, 4. Auflage 1904, Leipzig

- Imboden, Max Staatsbild und Verwaltungsrecht-
 sprechung. Festvortrag anlässlich
 des zehnjährigen Bestehens des
 Bundesverwaltungsgerichtes, 1963,
 Berlin
- Jahresbericht Berichte des Bundeskartellamtes
 über seine Tätigkeit in den Jah-
 ren 1958 bis 1964 sowie über
 Lage und Entwicklung auf seinem
 Arbeitsgebiet,
 1958 Bundestagsdrucksache 1000
 3. Wahlperiode
 1959 Bundestagsdrucksache 1795
 3. Wahlperiode
 1960 Bundestagsdrucksache 2734
 3. Wahlperiode
 1961 Bundestagsdrucksache IV/378
 1962 Bundestagsdrucksache IV/1220
 1963 Bundestagsdrucksache IV/2370
 1964 Bundestagsdrucksache IV/3752
- Jerusalem, Franz W. Das Recht der Montanunion, 1954,
 Berlin - Frankfurt am Main
- Jung, Hans J. Die Vollzugsfähigkeit behördli-
 cher Erlaubnisse, NJW 1961,
 S. 159 ff
- Junge, Werner in Müller-Henneberg-Schwartz,
 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
 kungen (1. Auflage) und Europä-
 isches Kartellrecht (2. Auflage),
 Gemeinschaftskommentar, 1959 bzw.
 1963, Köln - Berlin - Bonn -
 München
- Katzke, Hans Joachim Einstweilige Anordnungen in
 Kartellverfahren, NJW 1962,
 S. 1132 ff
- ders. Die Durchsetzung der amerikani-
 schen Antitrustgesetze in der
 Praxis, NJW 1963, S. 1183 ff
- Kaufmann u.a. Frankfurter Kommentar. Kommentar
 zum GWB von Kaufmann, Rautmann,
 Strickrodt u.a., 1958, Köln
- Kellner, Hugo Zum Beurteilungsspielraum.
 Zugleich ein Beitrag zu den Ver-
 handlungen der öffentlich recht-
 lichen Abteilung des Deutschen
 Juristentages 1962 über Zusagen
 in der öffentlichen Verwaltung,
 NJW 1962, S. 572 ff

- | | |
|------------------------|---|
| Keune, Heinz | Faktische Vorwegnahme der Hauptentscheidung durch einstweilige Anordnungen in Kartellverfahren, DB 1965, S. 95 ff |
| Klaue, Siegfried | Zwei Jahre Rechtsprechung zum GWB, WuW 1960, S. 391 ff |
| Klinger, Hans | Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage 1964, Göttingen |
| von Köhler, Karl-Heinz | Grenzen der Rechtsstaatlichkeit im Verwaltungsstreitverfahren, JR 1955, S. 411 ff |
| ders. | Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Kartellrecht, DÖV 1960, S. 210 |
| ders. | Einstweilige Anordnung und Suspensiveffekt in Kartellverfahren, NJW 1961, S. 153 ff |
| ders. | Der verkannte § 81 GWB und das Problem einer Teilrezeption, NJW 1962, S. 1942 ff |
| ders. | Das Kartellverwaltungsverfahren ist öffentliches Recht, VerwArch. 1963, S. 262 ff |
| ders. | Gefährliche Ideologie im Kartellrecht, NJW 1964, S. 2229 ff |
| Kull, Edgar | Zur Rechtsnatur des Verfahrens in Kartellverwaltungssachen, JZ 1961, S. 681 ff |
| Langen, Eugen | Das Kartellgesetz, 2. Auflage 1957 bzw. Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 1958 unter Mitarbeit von Hans-Ulrich Wilke, Neuwied - Berlin - Darmstadt |
| Lerche, Peter | Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961, Köln - Berlin - München - Bonn |
| Lutz, Hans | Bedenkliche Entscheidungen des Bundeskartellamtes, MA 1964, S. 3 ff |
| Mailänder, K. Peter | Die Befugnis der Marktbeteiligten zur Rechtsbeschwerde im Kartellverfahren, WuW 1965, S. 657 ff |

- Mayer-Wegelin Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1958, Frankfurt am Main
- Mühlendörfer in Kommentar zum EWG-Vertrag, herausgegeben von Hans v.d.Groeben und Hans v. Boeckh, Baden-Baden - Bonn, 1960
- Müller-Gries Kommentar zum GWB, 1958, Frankfurt am Main
- Obermayer, Klaus Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 18, S. 144 ff
- Palandt Kommentar zum BGB, 24. Auflage 1965, München und Berlin
- Promberger, Günter Einstweilige Anordnungen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, BB 1965, S. 1316
- Quaritsch, Helmut Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch.1960, S. 210 ff
- Radbruch, Gustav Die Natur der Sache als juristische Denkform in Festschrift für von Laun, 1947, Hamburg
- Rambeck, Hans Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, NJW 1961, S. 1333 ff
- Rasch, Harold Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB, 1. Auflage 1957, 2. Auflage 1958, Herne - Berlin
- Rauschenbach, Gerhard Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht in Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, 41. Band, 1965, Stuttgart - Düsseldorf
- Redeker - von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Auflage 1965, Stuttgart
- Reimann, Günter Behörden, Gerichte und Verfahren im GWB, WRP 1957, S. 319 ff
- Riese, Otto Die Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, NJW 1953, S. 521 ff

- Schack, Friedrich "Analogie" und "Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken des Verwaltungsrechts in Festschrift für von Laun, 1947, Hamburg
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 11, S. 1 ff
- Schottelius, D.J. Aufhebung des Suspensiveffektes im Kartellverfahren? BB 1964, S. 1238 ff
- Sellmann, Martin Entwicklung und Problematik der Öffentlich-rechtlichen Nachbarschaftsklage im Baurecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1963, S. 273 ff
- ders. Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 1964, S. 1545 ff
- Staudinger. Kommentar zum BGB, 11. Auflage, I. Band. Allgemeiner Teil, Einleitung, erläutert von Franz Brändl, 1957, Berlin
- Stein, Lorenz von Die Verwaltungslehre. Neudruck der 1. - 2. Auflage 1866-84, Teil 7, 1962, Aalen
- Stratenwerth, Günter Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache" in Heft 204 der Schriftenreihe "Recht und Staat", 1957, Tübingen
- Tetzner, Heinrich Kartellrecht. Ein Leitfaden. 1965, München und Berlin
- Tizzano, Antonio in Commentario Trattato Istitutivo Della Comunità Economica Europea, Diretto da Rolando Quadri, Riccardo Monaco, Alberzo Trabucchi. Comitato di redazione: Benedetto Conforti, Luigi Ferrari Bravo, Antonio Tizzano. 1965, Milano.
- Ule, C.H. Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1959, S. 537 ff

- US Government
Organization Manual 1962 - 1963, revised as of
June 1, 1962
- Weyreuther, Felix Die Gesetzesbindung der Verwaltung
und ihre Grenzen, DVerwBl 1964,
S. 893 ff
- Wolfarth, Ernst in Wolfarth-Everling-Glaesner-
Sprung, Die Europäische Wirt-
schaftsgemeinschaft, Kommentar
zum Vertrag, 1960, Berlin und
Frankfurt am Main
- Ziemer, Herbert Die Neuordnung der Finanzgerichts-
barkeit, BB 1965, S. 957 ff
- Zweigert, Kurt Die zweite und dritte Gewalt im
Kartellrecht, Festschrift für
Rudolf Isay (Beiträge zum Wirt-
schaftsrecht), 1956, Köln - Berlin
- ders. Das neue Kartellgesetz. Einführung
in seine rechtliche Problematik,
1959, Köln - Berlin
- ders. in Müller-Henneberg-Schwartz, Ge-
setz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen (1. Auflage) und europäisches
Kartellrecht (2. Auflage), Gemein-
schaftskommentar, 1958 bzw. 1963,
Köln - Berlin - Bonn - München

Abkürzungsverzeichnis

BB	Betriebs-Berater
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
eAO	einstweilige Anordnung
eVfg	einstweilige Verfügung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GemKomm.	Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen und europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommen- tar, von Müller-Henneberg- Schwartz
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen
ital. GemKomm.	Commentario Trattato Istitutivo Della Comunità Economica Euro- pea, Art. 178-188 bearbeitet von Antonio Tizzano
KG	Kammergericht
KuP	Kartell- und Preisdienst
MA	Der Markenartikel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Report	Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws
Trade Reporter	Bureau of National Affairs, Anti- trust & Trade Regulation Report
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VVDtStI	Veröffentlichungen der Vereini- gung Deutscher Staatsrechts- lehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Ent- scheidungssammlung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des
GWB

1. Abschnitt

Die Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1. Kapitel

Einleitung: Die Problematik des § 56 GWB

Nach § 56 GWB kann die Kartellbehörde bis zur endgültigen Entscheidung in den dort aufgeführten Verfahrensarten einstweilige Anordnungen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes treffen. Dieses Befugnis hat, soweit es sich bei der Kartellbehörde nicht um eine Landeskartellbehörde, sondern um das Bundeskartellamt handelt, nicht nur die erstinstanzliche Beschlußabteilung, sondern nach § 59 GWB auch die seit Inkrafttreten des GWB bestehende Einspruchsabteilung des Bundeskartellamtes, die vom 1.1.1966 infolge der Novellierung des GWB wegfällt¹⁾. Die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen steht darüber hinaus, wie sich aus § 63 Abs. 3 GWB ergibt, auch dem Oberlandesgericht (insbesondere dem Kammergericht) als Beschwerdeinstanz sowie nach § 75 Abs. 5 GWB dem Bundesgerichtshof als Rechtsbeschwerdeinstanz zu.

Bei den Verfahrensarten, in denen nach § 56 einstweilige Anordnungen erlassen werden können, handelt es sich in Ziff. 1 um die im GWB vorgesehenen Erlaubnisverfahren einschließlich der damit zusammenhängenden Änderungs-, Verlängerungs- und Widerrufsverfahren, in Ziff. 2 um das Erlaubnisverfahren zur Verwertung von Sicherheiten und in Ziff. 3 um alle im GWB vorgesehenen Mißbrauchsverfahren²⁾. Von der Möglichkeit zum Erlaß einstweiliger Anordnungen in Erlaubnisverfahren ausgenommen sind die unechten Erlaubniskartelle, d.h. die Widerspruchs-

1) Art. 1 Ziff. 20 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15.9.1965.

2) Mit Ausnahme des Mißbrauchsverfahrens bei den durch die Kartellnovelle eingeführten Normen- und Typenempfehlungen nach § 38 Abs. 3 GWB, vgl. Gutzler, BB 1965, S. 917 918/.

kartelle der §§ 2, 3 und 5 Abs. 1 GWB. Bei diesen ging der Gesetzgeber offensichtlich von der Vorstellung aus¹⁾, daß bei ihnen - anders als bei den echten Erlaubniskartellen, für die eine Frist zur Erteilung einer Erlaubnis durch die Kartellbehörde nicht vorgeschrieben ist - wegen der hier gesetzlich vorgeschriebenen Kürze des Verfahrens, nach dessen Ablauf die Widerspruchskartelle vorbehaltlich eines Widerspruchs der Kartellbehörde wirksam werden (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1, § 3 Abs. 3 Satz 1 und § 5 Abs. 1 Satz 2 GWB), kein Bedürfnis für die Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis im Wege einer einstweiligen Anordnung besteht. Gesetzlich nicht vorgesehen ist ferner bei den Erlaubnisverfahren im weiteren Sinne der Erlass einer einstweiligen Anordnung im Rahmen eines Verfahrens nach § 6 Abs. 1 GWB. Hierbei handelt es sich um die einfachen Exportkartelle ohne Inlandswirkung, die üblicherweise keiner besonderen Prüfung durch die Kartellbehörde bedürfen und daher bereits innerhalb relativ kurzer Zeit von der Kartellbehörde eine Bestätigung darüber erhalten, daß sie mit der Anmeldung wirksam geworden sind. Nicht erwähnt ist schließlich auch das Verfahren zur Eintragung von Wettbewerbsregeln, was allerdings weniger auf die Freiwilligkeit der Anmeldung von Wettbewerbsregeln²⁾, die auch bei den anderen Erlaubnisverfahren besteht, als darauf zurückzuführen sein dürfte, daß hier eine vorläufige Erlaubnis wenig praktikabel ist.

Die Vorschrift des § 56 ist jedoch insofern unvollkommen, als sie abgesehen von dieser Aufzählung der für den Erlass einstweiliger Anordnungen in Betracht kommenden Verfahrensarten keinerlei Bestimmungen darüber enthält, in welchem Stadium eines sich oft über Jahre hinaus erstreckenden Kartellverwaltungs- und -streitver-

1) Ebenso Junge in GemKomm. 2. Aufl. § 56 Anm. 1; aa Gleiss, NJW 1958, 530 ⁵³¹7, der der Ansicht ist, es handele sich hierbei um ein Redaktionsversehen. Gegen Redaktionsversehen Müller-Gries, § 56 Anm. 1.

2) So Junge in der 2. Aufl. des GemKomm. § 56 Anm. 1.

fahrens, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt einstweilige Anordnungen erlassen werden können¹⁾. Dies fällt vor allem deswegen auf, weil in anderen Gesetzen die dort vorgesehenen Institute der sofortigen Regelungsmöglichkeit eines konkreten Sachverhaltes genauer umschrieben sind, so insbesondere im Zivilprozeß die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO sowie im Verwaltungsstreitverfahren die einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO und, falls auch dieser Anwendungsbereich von § 56 umfaßt wird, die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes anderer Verwaltungsbehörden nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO.

Die Frage, wann ein Rechtsmittel gegen eine Verfügung der Kartellbehörde aufschiebende Wirkung hat, ist in § 63 GWB geregelt. Aus Abs. 1, der im einzelnen aufzählt, wann einem Einspruch (infolge Verweisung durch § 59 Satz 2 GWB) oder einer Beschwerde und Rechtsbeschwerde (infolge Verweisung durch § 75 Abs. 5) gegen eine Entscheidung in einem Kartellverwaltungs- oder -streitverfahren aufschiebende Wirkung zukommt, ergibt sich zwar im Wege des Umkehrschlusses, daß die Einlegung von Rechtsmitteln im weiteren Sinne gegen eine Entscheidung in Kartellverfahren grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat. Die in § 63 Abs. 1 GWB aufgezählten Fälle stellen indessen den Schwerpunkt der Entscheidungen in Kartellverfahren dar²⁾. Einstweilige Anordnungen bleiben dagegen, wie sich aus Abs. 2 ergibt, trotz eingelegter Rechtsmittel zunächst in Kraft und müssen erst durch ausdrückliche Anordnung der Rechtsmittelinstanz ganz oder teilweise für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens suspensiert werden. Oder die Rechtsmittelinstanz kann nach dieser Vorschrift die weitere Geltung der Anordnung von der Leistung einer

1) Vgl. die Ausführungen des KG im Beschluß vom 12.12. 1961 - 5 Kart V 37/61 - "Tobler" = WuW/E OLG 436.

2) Das GWB hat daher praktisch grundsätzlich die gleiche Regelung wie § 251 der Reichsabgabenordnung, wonach Entscheidungen der Finanzverwaltung grundsätzlich sofort vollziehbar sind, vgl. Beschluß des BFinH vom 9.2.1965 - VII B 23/65 -, abgedruckt in NJW 1965, S. 1682 /1684/.

Sicherheit abhängig machen. § 56 stellt damit ein Gegenstück zu der Regelung des § 63 Abs. 1 dar, wonach ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in einem Kartellverfahren in allen wesentlichen Fällen mit aufschiebender Wirkung eingelegt werden kann. Infolgedessen ist die Möglichkeit zum Erlaß einstweiliger Anordnungen in Kartellverfahren mit sofortiger Wirkung für die praktische Durchsetzung der im GWB vorgesehenen Maßnahmen von ganz besonderer Bedeutung¹⁾. Daher liegt der Gedanke einer häufigen Anwendung des § 56 GWB und damit einer eingehenden Untersuchung dieser Bestimmung nach Voraussetzungen und Anwendungsbereich nahe.

Zum besseren Verständnis dieser Fragen sollen zunächst die bisherige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und des Kammergerichtes zu § 56 sowie der Stand der hierdurch ausgelösten Diskussion in der Literatur, die sich insbesondere auch mit einem früheren Aufsatz des Verfassers aus dem Jahre 1962 zu diesem Thema²⁾ auseinandersetzt, wiedergegeben werden.

2. Kapitel

Die bisherige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und des Kammergerichtes bei einstweiligen Anordnungen

Seitdem das GWB am 1. Januar 1958 in Kraft getreten ist, sind einstweilige Anordnungen in größerer Zahl erlassen worden. Bei der Durchsicht dieser Anordnungen fällt auf, daß bisher kein Fall einer einstweiligen Anordnung einer Landeskartellbehörde, deren Zuständigkeit in Kartellverfahren und damit auch zum Erlaß einstweiliger Anordnungen sich aus § 44 Abs. 1 Ziff. 3 GWB ergeben würde, bekanntgeworden ist. Da somit mangels einer einstweiligen Anordnung einer Landeskartellbehörde auch kein Rechtsstreit über deren Zulässigkeit entstanden

1) Vgl. von Köhler, NJW 1961, S. 153 (154).

2) Veröffentlicht in NJW 1962, S. 1132 ff, im folgenden "Voraufsatz" genannt.

ist, zu dessen Entscheidung im Beschwerdeverfahren nach § 62 Abs. 4 GWB das für den Sitz der Landeskartellbehörde zuständige Oberlandesgericht berufen gewesen wäre, sind auch Entscheidungen in Rechtsbeschwerdeverfahren ausschließlich von dem für den Sitz des Bundeskartellamtes zuständigen Kammergericht erlassen worden. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes in bezug auf eine einstweilige Anordnung ist bisher gleichfalls nicht ergangen, da es sich bei Entscheidungen des Kammergerichtes über einstweilige Anordnungen um Entscheidungen in der Nebensache handelt, gegen die nach § 73 Abs. 1 GWB die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nicht zulässig ist, und die sich aus der Verweisung der §§ 75 Abs. 5, 63 Abs. 3 GWB ergebende Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes zum Erlaß eigener einstweiliger Anordnungen wohl mehr theoretischer Art sein dürfte.

Abgesehen von dieser Einschränkung ist jedoch von der Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen hinreichend Gebrauch gemacht worden, so daß heute eine Vielfalt einstweiliger Anordnungen der Beschlußabteilungen und der Einspruchsabteilung des Bundeskartellamtes sowie auf Beschwerde hiergegen ergangener Beschlüsse des Kammergerichtes vorliegt, die auch Fragen der Voraussetzungen und des Anwendungsbereichs einstweiliger Anordnungen behandeln und im folgenden systematisch dargestellt sind.

A. Die bisherige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bei einstweiligen Anordnungen

I. in Erlaubnisverfahren

Die bisher in Erlaubnisverfahren ergangenen einstweiligen Anordnungen lassen sich in solche, die zu einer vorläufigen Erlaubnis vor der Hauptentscheidung ergangen sind, und solche unterscheiden, die vor einer Verlängerung der Erlaubnis erlassen wurden. Die Befristung einer Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 GWB macht regelmäßig nach drei Jahren ihre Verlängerung erforderlich.

a) Einstweilige Anordnungen zur Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis

Da einem Erlaubnisantrag meist langwierige Verhandlungen zwischen den beteiligten Unternehmen vorangegangen sind und das Kartell daher häufig sofort nach Abschluß der Verhandlungen und dem Erlaubnisantrag seine Tätigkeit aufnehmen soll, sah sich das Bundeskartellamt in mehreren Fällen veranlaßt, eine vorzeitige Praktizierung des Kartellvertrages bereits vor Abschluß seiner Untersuchungen durch eine vorzeitige Erlaubnis im Wege einer einstweiligen Anordnung zu gestatten.

aa) Vorzeitige Erlaubnis für die Dauer einer Ausstellung

1. Langfräsmaschinen

Zwei Hersteller von Langfräsmaschinen hatten die Erlaubnis für ein Spezialisierungskartell nach § 5 Abs. 2 Satz 3 GWB und zugleich beantragt, ihnen für die Dauer der 7. Europäischen Werkzeugmaschinenausstellung in Brüssel eine vorläufige Erlaubnis zur gemeinsamen Ausstellung ihrer Erzeugnisse zu erteilen. Die 5. Beschlußabteilung hat durch Beschluß vom 30. August 1961 dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung entsprochen, weil der Erlaubnisantrag nach den bisher zu seiner Begründung vorgetragenen tatsächlichen Angaben und wirtschaftlichen Ausführungen Aussicht auf Erfolg hatte und weil die Antragsteller ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran hatten, auf der Ausstellung ihre schon seit längerer Zeit geplante gemeinschaftliche Produktion vorzuführen¹⁾.

2. Zwei weitere vorläufige Erlaubnisse im Rahmen eines Verfahrens nach § 5 Abs. 2 GWB, vor Entscheidung über den Erlaubnisantrag auf zwei Messen für die Waren zu werben, auf die sich die angestrebten Rationalisierungsmaßnahmen beziehen, werden im Jahres-

1) Die einstweilige Anordnung ist nicht veröffentlicht, jedoch im Tatbestand der endgültigen Erlaubnis vom 4. 10. 1962 erwähnt, WuW/E BKartA 516 25197; ausf. Abdruck in KuP K VIII S. 471.

bericht des Bundeskartellamtes für 1960 erwähnt¹⁾.

- bb) Vorläufige Erlaubnis zur Fortführung einer bereits vor Inkrafttreten des GWB begonnenen Gesellschaft

Kieler Fischgroßhandels GmbH & Co.

Sieben Fischgroßhandelsunternehmen, die sich bisher selbständig mit der manuellen Herstellung von Fischfilet befaßt hatten, hatten hierauf zugunsten der rationelleren gemeinschaftlichen maschinellen Fischfiletherstellung durch die von ihnen gegründete Gesellschaft verzichtet. Die Weiterführung der bereits 1958 gegründeten und in Tätigkeit getretenen Gesellschaft wurde durch einstweilige Anordnung der 2. Beschlußabteilung vom 31. August 1959 bis zum 31. Dezember 1959 erlaubt²⁾. Da auch bis zum Ablauf dieser einstweiligen Anordnung noch keine endgültige Entscheidung möglich war, wurde die vorläufige Erlaubnis durch eine weitere einstweilige Anordnung vom 29. Dezember 1959 verlängert. Beide einstweiligen Anordnungen sind nach Vertragsänderung (Streichung der wettbewerbsbeschränkenden Bestimmungen) und Erledigung des Verfahrens gegenstandslos geworden³⁾.

- cc) Vorläufige Erlaubnis für die zeitlich und sachlich begrenzte Zusammenarbeit auf Grund eines Zwischenvertrages

Rheinstahl - Bautz

Hierbei handelte es sich um eine in einem Zwischenvertrag der Firmen Rheinstahl - Hanomag AG und Josef Bautz GmbH als Herstellern von Landmaschinen und Schleppern vorgesehene begrenzte Zusammenarbeit mit einer gemeinsamen Vertriebs-GmbH. Da durch das gemeinsame Angebot eines kompletten Landmaschinenangebotes dem Wettbewerb großer in- und ausländischer Hersteller begegnet werden

-
- 1) Bundestagsdrucksache, 3. Wahlperiode, Nr. 2734 S. 193.
2) Jahresbericht für 1959, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 1795, S. 26 und 130.
3) Jahresbericht für 1961, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 378 S. 53.

sollte, wurde die Zusammenarbeit vom Bundeskartellamt im Wege einer einstweiligen Anordnung erlaubt; die Anordnung wurde nach Aufhebung des Vertrages aufgehoben¹⁾.

dd) Befristete Erlaubnis zur Ermöglichung der Vertragsänderung eines bei Antragstellung unter Art. 85 des EWG-Vertrages fallenden Exportkartells nach § 6 Abs. 2 GWB

Nachdem in diesem Falle zunächst eine einstweilige Anordnung erlassen worden war, wurde schließlich die endgültige Erlaubnis mit der auflösenden Bedingung erteilt, daß diese ihre Wirksamkeit verliert, wenn das Kartell nicht ordnungsgemäß und fristgerecht bei der EWG-Kommision angemeldet wird²⁾.

Eine weitere vorläufige Erlaubnis im Rahmen eines Verfahrens nach § 6 Abs. 2 GWB wird im Jahresbericht des Bundeskartellamtes für 1958 für das Exportkartell der Röhrenverkaufsorganisation für die Schweiz erwähnt³⁾.

b) Vorläufige Erlaubnis bis zur Entscheidung über den Verlängerungsantrag

1. Thomasphosphatsyndikat

Für dieses Syndikat war zunächst durch Beschluß der 3. Beschlußabteilung vom 30. Juni 1960 bis zum 31. Juli 1963 eine Erlaubnis erteilt worden⁴⁾. Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die für die Verlängerung der Erlaubnis erforderlichen eingehenden Untersuchungen des Bundeskartellamtes sowie vom Kartell vorzulegende Unterlagen - insbesondere Stellungnahmen der beteiligten Abnehmerverbände - nicht bis zum Ablauf der ursprüngli-

1) Jahresbericht für 1962, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 1220 S. 26.

2) Jahresbericht für 1963, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 1220 S. 75.

3) 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 1000 S. 38 und Jahresbericht für 1960, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795 S. 28 und 130. Wegen der endgültigen Erlaubnis vgl. Jahresbericht für 1961, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 378 S. 18.

4) WuW/E BKartA 211; ausf. Abdr. KuP K VIII S. 183.

chen Erlaubnis durchgeführt bzw. beigebracht werden konnten, wurde die ursprüngliche Erlaubnis durch einstweilige Anordnung vom 12. Juli 1963 bis zur Entscheidung über den Verlängerungsantrag verlängert¹⁾. Die endgültige Erlaubnis der Verlängerung wurde am 20. Mai 1964 erteilt²⁾.

2. Radsatz- und Reifengemeinschaft e.V.

In gleicher Weise wurde auch hier zunächst die weitere Praktizierung des Kartellvertrages bis zur endgültigen Entscheidung über den Verlängerungsantrag erlaubt³⁾⁴⁾.

II. Die bisherige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bei einstweiligen Anordnungen in Mißbrauchsverfahren

Einstweilige Anordnungen des Bundeskartellamtes in Mißbrauchsverfahren sind wegen der u.U. erforderlichen Abstellung eines Mißbrauchs schon vor Erlaß der Hauptentscheidung im Mißbrauchsverfahren einerseits und dem Erfordernis zur sofortigen Unterbindung eines weiteren Mißbrauchs nach Erlaß der Hauptentscheidung im Hinblick auf ein zu erwartendes Rechtsmittel andererseits sowohl zusammen mit als auch nach der Hauptentscheidung erlassen worden.

1) Jahresbericht für 1963, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache Nr. 2370 S. 41.

2) KuP VII S. 789.

3) Erste Erlaubnis vom 20.12.1960 bis zum 22.12.1963 = KuP K VI S. 95 und K VII S. 276; wegen der einstweiligen Anordnung vgl. Jahresbericht für 1963, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 2370 S. 24, und Erwähnung in KuP K VI S. 189. Die endgültige Entscheidung über den Verlängerungsantrag ist in KuP K VII S. 853 abgedruckt.

4) Desgl. im Falle der Deutschen Ammoniak-Vereinigung (DAV), deren erste Erlaubnis am 30.6.1964 ablief, durch eAO vom 29.6.1964, nicht veröffentlicht, jedoch erwähnt im Tatbestand der endgültigen Erlaubnis vom 20.3.1965 = WuW/E BKartA 916 /918/.
Vgl. ferner die eAO im Falle des Importkartells "Grubenholz" (WuW 1965, S. 501 und WuW/E BKartA 931).

a) Einstweilige Anordnungen vor Erlaß der
Hauptentscheidung

aa) in Verfahren nach § 17 GWB

1. Alpenmilch

Diese erste einstweilige Anordnung des Bundeskartellamtes wurde von der 2. Beschlußabteilung wegen der durch die Preispolitik der Firma Allgäuer Alpenmilch bei einem Teil ihrer Abnehmer entstehenden nicht unerheblichen Schäden, die die wirtschaftliche Beeinträchtigung der Firma Allgäuer Alpenmilch durch die einstweilige Anordnung überwogen, sowie im gesamtwirtschaftlichen Interesse erlassen¹⁾. Die einstweilige Anordnung wurde durch weiteren Beschluß vom 27. August 1958²⁾ infolge Änderung der Verhältnisse aufgehoben. Der Einspruch der Antragstellerinnen wurde durch Beschluß der Einspruchsabteilung vom 17. Oktober 1958³⁾ zurückgewiesen. Wie die Einspruchsabteilung in ihrer Begründung ausführt, handelt es sich bei dem Erlass einstweiliger Anordnungen um eine Ermessensentscheidung, die auch unter der auflösenden Bedingung des Erlasses der Hauptentscheidung getroffen werden kann. Eine einstweilige Anordnung sei jedoch dann nicht zulässig, wenn das Ergebnis der vorgenommenen Untersuchungen bereits zu einer Hauptentscheidung ausreicht.

Das Beschwerdeverfahren vor dem Kammergericht ist durch Vergleich erledigt worden⁴⁾.

2. Tobler

Auf Antrag von zwei gebundenen Abnehmern erließ die 2. Beschlußabteilung am 25. September 1961 eine einstweilige Anordnung, mit der der Firma Tobler bis zur endgültigen Entscheidung über die Wirksamkeit der von dieser

1) B 2 - 298/58 vom 29.7.1958 - WuW/E BKartA 3.

2) WuW/E BKartA 6.

3) WuW/E BKartA 17; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 9.

4) Vgl. KuP K VI S. 24.

erst mit Wirkung vom 1. September 1961 für ihre Importschokoladen eingeführten Preisbindung deren Handhabung untersagt wurde¹⁾. Wie die Beschlußabteilung festgestellt hatte, waren die Schokoladen vor diesem Zeitpunkt erheblich billiger verkauft worden, so daß der Verdacht bestand, die Firma Tobler mißbrauche die Preisbindung im Sinne von § 17 Abs. 1 Ziff. 3 GWB. Die Beschlußabteilung hat es, nachdem beim Handel wegen der bisher gebundenen Preise ein Umsatzrückgang eingetreten war und die für den Verbraucher eingetretene Verteuerung nicht gerechtfertigt erschien, für erforderlich gehalten, den bisherigen Zustand bis zum Abschluß seiner Prüfungen durch einstweilige Anordnung aufrechtzuerhalten. Nachdem die Einspruchsabteilung anfangs die Vollziehung der einstweiligen Anordnung durch Beschluß vom 30. September bis zum 19. Oktober 1961 ausgesetzt hatte, hat sie sie durch Beschluß vom 16. Oktober 1961 aufgehoben²⁾.

Die Einspruchsabteilung hat in dieser Entscheidung Ausführungen zum Anwendungsbereich und den Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung gemacht, die auch in den Jahresbericht des Bundeskartellamtes für 1961³⁾ übernommen worden sind und zur ständigen Verwaltungspraxis der Einspruchsabteilung geworden sind⁴⁾. Danach können mit einer einstweiligen Anordnung nach § 56 sowohl bereits erlassene oder gleichzeitig ergehende Verwaltungsakte für sofort vollziehbar erklärt werden als auch einstweilige Regelungen vor Erlaß der Hauptentscheidung getroffen werden. Soweit es sich dabei um einstweilige Anordnungen zur sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung handele, seien die Grundsätze des

1) KuP K VII S. 352.

2) E 1 - 152/61 = WuW/E BKartA 386; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 356.

3) 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 378, S. 59 ff.

4) Vgl. z.B. die in der nachfolgenden Darstellung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bei Überläuferkartellen aufgeführte Entscheidung vom 15.12.1962 "Textillohnveredlung II".

§ 80 VwGO zu beachten, während für die einstweilige Anordnung vor Erlass der Hauptentscheidung strengere Voraussetzungen in Anwendung der allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 940 ZPO, 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu fordern seien.

Da nach Ansicht der Einspruchsabteilung eine einstweilige Anordnung, die vor Erlass der Hauptentscheidung ergeht, regelmäßig nicht mit dem nur einzelnen Unternehmen entstehenden Schaden gerechtfertigt werden kann und nach ihrer Ansicht in dem der Entscheidung unterliegenden Falle Handel wie Verbraucher auf billigere Marken anderer Hersteller ausweichen konnten, hat sie die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung verneint.

Das Kammergericht hat die Entscheidung der Einspruchsentscheidung durch Beschluß vom 12. Dezember 1961 - 5 Kart V 37/61¹⁾ bestätigt²⁾.

1) WuW/E OLG 436 = NJW 1962 S. 875 = BB 1962 S. 201 = KuP K VIII - 30 S. 105. Wegen der Begründung des KG s. bei der nachfolgenden Darstellung der Entscheidungspraxis des KG unter "Tobler".

2) Vgl. wegen des Falles "Tobler" auch den Jahresbericht des BKartA für 1961, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 378 S. 42.

Der Fall "Tobler", in dem bisher zum ersten und einzigen Male vor Erlass der Hauptentscheidung im Rahmen eines Verfahrens nach § 17 GWB die Preisbindung im Wege einer eAO des BKartA untersagt worden ist, hat im Hinblick darauf sowie wegen des Erlasses von zwei kurz aufeinanderfolgenden völlig gegensätzlichen Entscheidungen einer Beschluß- und der Einspruchsabteilung des BKartA Anlaß für eine umfangreiche Diskussion in der Wirtschaftspresse gegeben, vgl. Fack in der FAZ vom 5.10.1961 "Das Zwiespältige im Kartellamt": "Die Einspruchsabteilung des Kartellamtes hat eine sehr unglückliche Entscheidung getroffen, als sie ... die eAO der 2. Beschlußabteilung wieder aufhob ... Wenn das kein Fall von gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigter Verteuerung einer preisgebundenen Ware ist ..., dann gibt es solche Fälle wahrscheinlich überhaupt nur in der Theorie ... Endlich hat das Kartellamt ohne Verzug zugegriffen - und dann macht die Einspruchsabteilung diesen Schritt mit der gleichen Geschwindigkeit wieder rückgängig..." Ferner RA Dr. Lieberknecht in FAZ vom 12.10.1961 "Kartellamt und Schokoladenpreise"; "Deutsche Zeitung"

bb) in Verfahren nach § 18 GWB
Elektro-Discount

Durch Beschluß vom 28. November 1963 - 205/63 - hat die 4. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes eine in Verträgen zwischen einem Hersteller von Elektrogeräten und dem Großhandel enthaltene Lieferbedingung insoweit zur Regelung eines einstweiligen Zustandes von der Bekanntgabe der Anordnung bis zum Erlaß der Hauptentscheidung für unverbindlich erklärt, als dadurch den Abnehmern des Betroffenen der Weiterverkauf der gelieferten Erzeugnisse an ein Discounthaus verboten wurde und die Werksgarantie entfiel¹⁾. Die Beschlußabteilung hat die Voraussetzungen des § 18 (unbillige Behinderung der Bewegungsfreiheit eines anderen Unternehmens) als gegeben angesehen. Sie hat es wegen der Störung des Marktes durch das ordnungswidrige Verhalten des Betroffenen (Sperrung des als Preisunterbieter bekannten Discountgeschäftes), das zu einer Erhöhung der Verbraucherpreise führe, und weil den Gesetzen der freien Marktwirtschaft unbedingt Geltung verschafft werden müsse, als dringend notwendig erachtet, den Großhandel zugunsten des Discounthauses von dem vertraglichen Lieferverbot zu befreien.

cc) in Verfahren nach § 27 GWB
Mineralölverband

In einer Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Anordnung der Aufnahme eines Unternehmens in einen Be-

vom 18.10.1961 "Kartellamt kontra Kartellamt. Wichtiges Instrument der Mißbrauchsaufsicht entschärft" und ein ganzseitiger Artikel von Otto in der Wochenendausgabe des "Handelsblatt" vom 24./25.11.1961 "Der Streit um die Schokoladenpreise. Der Fall Tobler - oder die reduzierte Mißbrauchsaufsicht", in dem Otto im Falle der Beibehaltung des Instituts der Preisbindung eine Novellierung des § 56 im Sinne einer Erleichterung der Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Anordnungen in Verfahren nach § 17 für erforderlich gehalten hat.

1) WuW/E BKartA 761; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 801.

rufsverband selbständiger Mineralölunternehmer hat die 1. Beschlußabteilung am 5. Oktober 1960 - 227/60 -¹⁾ ausgeführt, daß eine einstweilige Anordnung im Rahmen eines Verfahrens nach § 27 GWB bereits vor Ausschöpfung des Verbandsrechtsweges ergehen kann. Eine einstweilige Anordnung könne z.B. zur Vermeidung der Vereitelung von Rechten oder anderer schwerwiegender Nachteile erforderlich sein, die den Beteiligten infolge der Verzögerung bis zur endgültigen Entscheidung durch die zuständigen Verbandsorgane entstehen könnten. So könnten einstweilige Anordnungen dann erforderlich sein, wenn zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit eines die Mitgliedschaft anstrebenden Unternehmens eine einstweilige Regelung der Mitbenutzung von Verbandseinrichtungen geboten erscheine oder eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung während des Aufnahmeverfahrens Tatsachen schaffe, die den Aufnahmeanspruch vereiteln. Da mit dem vorliegenden Antrag jedoch nicht die Anordnung der Aufnahme, sondern das Verbot einer Satzungsänderung erstrebt war, war der Antrag nach Ansicht der Beschlußabteilung abzulehnen, da gemäß § 27 lediglich eine Entscheidung in einem Einzelfalle - ggf. unter Hinwegsetzung über eine entgegenstehende Satzungsvorschrift - getroffen werden kann.

b) Einstweilige Anordnungen in Mißbrauchsverfahren zusammen mit oder nach Erlaß der Hauptentscheidung

aa) in Verfahren nach § 17 GWB

1. 53-cm-Fernsehgeräte

Durch Beschluß vom 3. März 1961 - 46/61 -²⁾ hat die 4. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes in diesem Verfahren (sowie mit gleichwertigen Entscheidungen gegen neun andere Hersteller von Fernsehgeräten³⁾) die

1) WuW/E BKartA 269.

2) WuW/E BKartA 355.

3) Vgl. Anm. 1 zu WuW/E BKartA 355.

Preisbindung der betreffenden Firma für Fernsehgeräte mit sofortiger Wirkung für unwirksam erklärt und gleichzeitig zur Regelung eines einstweiligen Zustandes angeordnet, daß die für unwirksam erklärten Preisbindungen bis zur endgültigen Entscheidung nicht mehr gehandhabt werden dürfen. Die zum Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels erlassene einstweilige Anordnung wurde mit der Marktsituation, die eine sofortige Preissenkung erfordere, begründet¹⁾.

2. Grobwaschmittel

Wie die 3. Beschlußabteilung festgestellt hatte, waren die gebundenen Endverbraucherpreise eines Herstellers von Grobwaschmitteln infolge der nicht gebundenen Abgabepreise der Großhandelsstufe und sonstiger Marktverhältnisse nicht mehr gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt. Die 3. Beschlußabteilung hat daraufhin durch Beschluß vom 24. Oktober 1963 - 94/60 - ²⁾ die Preisbindung für unwirksam erklärt und gleichzeitig ihre Handhabung bis zur rechtskräftigen Entscheidung untersagt. Die einstweilige Anordnung wurde erlassen, um den Zweck des Gesetzes nicht an Rechtsmitteln scheitern zu lassen und um das Vertrauen der Bevölkerung zur Wirtschaft und zu den Staatsorganen zu erhalten, die die Wirtschaft zu schützen und zu beaufsichtigen haben.

1) Wie sich aus dem Jahresbericht des BKartA für 1961, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 378 S. 27, ergibt, sind nach Erlaß der eAO die bisher gebundenen Verbraucherpreise für Fernsehgeräte mit 53-cm-Bildröhre um 25 bis 40 % gesunken. Da die Preisbindung daraufhin von den Herstellern aufgegeben und bis heute nicht wieder eingeführt worden ist, ist dieser Fall ein gutes Beispiel einer von Baur (BB 1964, S. 707 ff) auch bei anderen einstweiligen Entscheidungen aufgezeigten Wirkung, daß bereits mit dem Erlaß einer eAO im Verfahren nach § 17 der Ausgang des ganzen Verfahrens entschieden sein kann und dadurch die Verhältnisse auf einem Markt entscheidend beeinflußt werden können.

2) WuW/E BKartA 725; ausf. Abdruck in KuP K VII S.675.

3. Großgebäude

Nachdem für das Waschmittel, auf das sich die zuvor dargestellte Entscheidung bezog, und andere Erzeugnisse am 26. Oktober 1963 erneut eine Preisbindung angemeldet worden war, hat die 3. Beschlußabteilung auch diese Preisbindungen durch Beschluß vom 13. Mai 1964 - 323/63 - aufgehoben und deren Anwendung bis zur rechtskräftigen Entscheidung untersagt¹⁾. In der Begründung dieser einstweiligen Anordnung wird zusätzlich darauf hingewiesen, daß es sich bei den preisgebundenen Artikeln um Massenkonsumartikel des täglichen Bedarfs mit relativ hoher Umsatzgeschwindigkeit handele und daher die Nachteile für die breitesten Schichten der Verbraucher bei einem Fortbestand der Preisbindung infolge Einlegung eines Rechtsmittels bedeutend seien, zumal sie nicht wieder beseitigt werden könnten.

Durch diesen Beschluß ist dem Hersteller gleichzeitig mit der Aufhebung der bestehenden Preisbindungen nach § 17 Abs. 1 GWB auch die Anwendung einer neuen gleichartigen Preisbindung untersagt worden. Nachdem dieser ungeachtet dessen am 3. August 1964 - unter gleichzeitiger Anhebung der Werkabgabe- und Endverbraucherpreise - wiederum eine neue Preisbindung angemeldet hatte, hat die Beschlußabteilung auch diese Preisbindungen durch Beschluß vom 19. August 1964 - 361/64 - ²⁾ aufgehoben und deren Anwendung bis zur rechtskräftigen Entscheidung untersagt.

Beide Anordnungen vom 13. Mai und 19. August 1964 sind durch Beschluß der Einspruchsentscheidung vom 26. Oktober 1964, begründet am 17. November 1964 - 34 und 42/64- "Großgebäude II"³⁾, unter Bestätigung der Hauptentschei-

1) WuW/E BKartA 835; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 837.

2) Nicht veröffentlicht, jedoch zitiert in der nachfolgenden Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 17. November 1964; vgl. auch den Jahresbericht für 1964, Bundestagsdrucksache IV/3752, S. 32.

3) WuW/E BKartA 267; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 861.

dung aufgehoben worden¹⁾. Die Einspruchsabteilung macht hierbei erneut grundsätzliche Ausführungen über die Voraussetzungen einstweiliger Anordnungen, die sich beim sofortigen Vollzug von Entscheidungen der Kartellbehörde auf Fälle mit besonderen Voraussetzungen zu beschränken hätten²⁾. Die Einspruchsabteilung ist aber entgegen der unten wiedergegebenen Entscheidung des Kammergerichts im Falle des Rabattkartells der Linoleumhersteller der Ansicht, daß das dort aufgestellte zusätzliche Erfordernis für den sofortigen Vollzug einer Hauptentscheidung, daß nämlich die Rechtswidrigkeit außer Zweifel stehen muß, dazu führen würde, daß einstweilige Anordnungen überhaupt nicht mehr erlassen werden können, weil es keinen Fall gebe, in dem nicht von einem Verfahrensbeteiligten die Rechtswidrigkeit seines Handelns bestritten wird.

Auch die Einspruchsabteilung kommt dann jedoch zur Aufhebung der einstweiligen Anordnung, da es sich dabei um bisher nicht in der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung unterschiedene Fragen von grundsätzlicher Bedeutung handele³⁾.

-
- 1) Im Beschwerdeverfahren ist auch die Hauptentscheidung durch Beschluß des Kammergerichts vom 1.6.1965 "Großgebäude III" aufgehoben worden, BB 1965, S.923 = WuW/E OLG 735.
 - 2) Unter Zitierung der unten wiedergegebenen Entscheidung des KG "Rechtselbischer Zementpreis III" und der ständigen Verwaltungspraxis der Einspruchsabteilung.
 - 3) Die Entscheidungen des BKartA auf dem Gebiet der Waschmittelpreisbindung waren gleichfalls heftiger Kritik ausgesetzt, und zwar insbesondere auch aus Handelskreisen, die sich in ihren bisherigen hohen Handelsspannen beschnitten sahen und dem BKartA vorwarfen, es nähme unzulässigerweise die Befugnisse eines Preiskommissars wahr, vgl. auch den Artikel des Geschäftsführers des Markenverbandes, Dr. Lutz, "Bedenkliche Entscheidungen des Bundeskartellamtes", MA 1964 S. 3 ff.

4. Tapeten

Die 3. Beschlußabteilung hatte durch Beschlüsse vom 9. Dezember 1964 und 8. Februar 1965 die von fast sämtlichen deutschen Tapetenherstellern zum 1. Januar 1964 eingeführten Preisbindungen für Tapeten mit sofortiger Wirkung für unwirksam erklärt. Die hiergegen von 29 Unternehmen eingelegten Einsprüche sind durch Beschlüsse der Einspruchsabteilung vom 13. Juli 1965 zurückgewiesen worden¹⁾; gleichzeitig hat die Einspruchsabteilung den Unternehmen durch einstweilige Anordnung mit Wirkung vom 15. September 1965 nicht nur die Anwendung der angemeldeten, sondern erstmalig auch neuer gleichartiger Preisbindungen untersagt. Die sofortige Vollziehung der Einspruchsentscheidung wurde im öffentlichen Interesse angeordnet, weil die gemeinschaftlich abgestimmte Einführung und einheitliche Ausgestaltung der Preisbindungen im Gegensatz zu dem vom Gesetz vorgesehenen autonomen Gebrauch durch das einzelne Unternehmen stehe; sie erscheine auch geboten, weil die Bindung von Mindestpreisen und Vermittlungsprovisionen offensichtlich den vom Gesetz für Preisbindungen vorgesehenen Anwendungsbereich überschreite.

bb) in Verfahren nach § 18 GWB

Melitta

Die Melitta-Werke hatten jahrelang Kaffee-Filter bei Porta in Auftrag gegeben und dabei eine Konkurrenzklausel vereinbart, die auf die Aufrechterhaltung eines bei Vertragsabschluß nicht mehr bestehenden Patentschutzes hinauslief. Nachdem Porta selbst Filter des Systems Melitta auf den Markt gebracht hatte und von Melitta auf Unterlassung in Anspruch genommen worden war, hat die 4. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes durch Beschluß vom 26. Juni 1959 - 25/59 - ²⁾ den maß-

1) BB 1965 S. 886 = WuW/E BKartA 943 29477.

2) WuW/E BKartA 60; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 64.

geblichen Vertrag mit sofortiger Wirkung für unwirksam erklärt und mit Rücksicht auf die sich aus dem Wettbewerbsverbot ergebenden schweren wirtschaftlichen Nachteile Porta durch einstweilige Anordnung vom 9. Juli 1959¹⁾ bis zur endgültigen Entscheidung des beim Bundeskartellamt anhängigen Verfahrens gestattet, Kaffeefilter mit gewissen Einschränkungen herzustellen.

Nachdem die Einspruchsabteilung zunächst am 15. August 1959 die einstweilige Anordnung für die Dauer des Verfahrens vor der Einspruchsinstanz abgeändert hatte, hat sie durch Beschluß vom 4. September 1959 - 18/59 - ²⁾ die Entscheidung der 4. Beschlußabteilung bestätigt und gleichzeitig infolge Außerkrafttretens ihrer eigenen einstweiligen Anordnung mit der abschließenden Entscheidung in der Einspruchsinstanz die sofortige Vollziehung ihrer Entscheidung bis zu deren Unanfechtbarkeit oder bis zu einer Entscheidung des Kammergerichts angeordnet. Wie die Einspruchsabteilung ausführt, sind einstweilige Anordnungen auch über den Zeitpunkt des Erlasses der Einspruchsentscheidung hinaus zulässig. Die einstweilige Regelung habe getroffen werden müssen, weil die Maßnahmen der Kartellbehörden keine Wirkung auf dem Markt mehr zeitigen könnten, wenn durch die aufschiebende Wirkung der Beschwerde erreicht werden könnte, daß sich der beanstandete Vertrag weiterhin wettbewerbsbeschränkend auswirkt³⁾.

- 1) Nicht veröffentlicht, erwähnt im Tatbestand der nachstehend wiedergegebenen Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 4.9.1959.
- 2) WuW/E BKartA 73; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 69. Vgl. auch Jahresbericht für 1959, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795 S. 41 und 130.
- 3) In einer Presseinformation des BKartA vom 19.9.1959 = WuW/E BKartA 78 wird jedoch betont, daß es sich hier im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Konkurrenzklausele zum bereits abgelaufenen Patentschutz um einen besonders liegenden Fall gehandelt habe.

Porta ist, soweit bekannt, später in Liquidation gegangen oder von Melitta übernommen worden.

III. Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bei "Überläuferkartellen"

Sogenannte Überläuferkartelle, d.h. Kartelle, die vor Inkrafttreten des GWB gültig zustandegekommen sind (§ 106 Abs. 2 GWB), mußten zur Aufrechterhaltung ihrer einstweiligen Privilegierung innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des GWB einen Antrag auf Erlaubnis stellen. Sie werden alsdann auch, nachdem ihr Erlaubnisantrag durch die zuständige Beschlußabteilung abgelehnt worden ist und sie ein Rechtsmittel eingelegt haben, nach ständiger Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes¹⁾ bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens als weiterhin legal angesehen, und zwar in entsprechender Anwendung des § 63 Abs. 1 Nr. 1, da sie dort nicht expressis verbis aufgeführt sind. Die Ablehnung des Erlaubnisantrages wird hierbei als Widerruf behandelt²⁾. Da das Bundeskartellamt damit zugunsten der Überläuferkartelle über den Wortlaut des § 63 hinausgegangen ist und ihnen infolge der Länge der Rechtsmittelverfahren eine oft über Jahre hinaus dauernde weitere Praktizierung ihrer an sich unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ermöglichte, hat es mit Rücksicht auf den untrennbaren Zusammenhang zwischen aufschiebender Wirkung und einstweiliger Anordnung auch § 56 Nr. 1 GWB gegenüber Überläuferkartellen für anwendbar gehalten³⁾.

- 1) die inzwischen vom BGH gebilligt worden ist, Beschluß vom 17.5.1965 - KVR 1/64 KG Berlin - im Verfahren "Rechtselbische Zementpreise" = WuW/E BGH 667 6707.
- 2) Ebenso BGH aaO unter Berufung auf Schwartz in GemKomm. § 106 Anm. 9. Mit anderer Begründung auch Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm. § 63 Anm. 3, wonach Überläuferkartelle solange wirksam bleiben, bis im Verwaltungsverfahren endgültig oder im gerichtlichen Verfahren rechtskräftig der Erlaubnisantrag abgelehnt worden ist.
- 3) Vgl. WuW/E BKartA 569 5737 "Textilveredlung II". Diese Verwaltungspraxis des BKartA ist durch den unten dargestellten Beschluß des KG vom 28.1.1964 "Rechtselbische Zementpreise III" = WuW/E OLG 641 6447 bestätigt worden.

Mit Rücksicht auf diese nur entsprechende Anwendung des § 56 GWB für einstweilige Anordnungen sind die insoweit ergangenen Entscheidungen im folgenden besonders dargestellt.

- a) Einstweilige Anordnung zur Legalisierung solcher Vertragsänderungen, die nicht mehr durch § 106 Abs. 2 GWB gedeckt sind

1. Textilveredler

Es handelt sich hierbei um die Änderung einer Preisliste, die dem Kartellvertrag beigelegt war und laufend auf den neuesten Stand gebracht werden mußte. Da der Antragsteller glaubhaft vorgetragen hatte, daß er derartige Preisänderungen vor und nach Inkrafttreten des GWB in der Annahme vorgenommen hatte, daß sie durch die Legalisierung des Rahmenvertrages nach § 106 mitgedeckt würden, und durch die Vertragsänderung für die wirtschaftliche Abwicklung der Werklohnverträge kein neuer Zustand geschaffen wurde, wurde die Vertragsänderung durch Beschluß des Bundeskartellamtes vom 3. Mai 1960¹⁾ bis zur endgültigen Erlaubnis im Hauptverfahren einstweilen erlaubt²⁾.

2. Mühlenkartell

Auch im Falle des Mühlenkartells, über dessen Erlaubnisantrag - nach zwischenzeitlicher Umwandlung in einen Antrag nach § 8 GWB - bis heute noch nicht entschieden ist, wurden nach Inkrafttreten des GWB vorgenommene Preisänderungen erlaubt, um dem Kartell eine Anpassung an die inzwischen eingetretenen Veränderungen zu er-

1) WuW/E BKartA 185.

2) Gleichlautende eAOen ergingen auch in den drei anderen Textilveredlerverfahren, vgl. Jahresbericht des Bundeskartellamtes für 1960, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 2734, S. 193.

möglichen¹⁾.

b) Einstweilige Anordnungen bei Mißbräuchen
von "Überläuferkartellen"

aa) vor Entscheidung über den Erlaubnis-
antrag

Ruhr-Schwefelsäure-GmbH (SV)

Den einmaligen und nicht zur Entscheidung der Instanzen gelangten Fall einer einstweiligen Anordnung gegen den Mißbrauch eines "Überläuferkartells" vor Entscheidung über dessen Erlaubnisantrag bietet die SV. Hierbei handelte es sich um ein Beschaffungssyndikat gewerblicher Großverbraucher von Schwefelsäure. Nachdem die SV während des Erlaubnisverfahrens dazu übergegangen war, nach Abschluß eines mehrjährigen Abnahmevertrages mit einem Schwefelsäurehersteller über eine Menge, die den Eigenbedarf ihrer Kartellmitglieder beträchtlich überstieg, diese Überschußmengen zu besonders günstigen Preisen an Außenseiter zu verkaufen, wurde der SV auf Anregung der freien Hersteller von Schwefelsäure der Verkauf von Schwefelsäure an Außenseiter untersagt. Da diese Verkaufstätigkeit der SV nach Ansicht des Bundeskartellamtes über den Rationalisierungszweck - kontinuierliche Bereitstellung eines Rohstoffes lediglich für den eigenen Verarbeitungsbedarf der Kartellmitglieder - hinausging, hat das Bundeskartellamt bereits vor Abschluß des Erlaubnisverfahrens die einstweilige Anordnung erlassen, weil der freie Schwefelsäuremarkt schon in der Zwischenzeit eines wirksamen Schutzes gegen miß-

1) Vgl. Jahresbericht des BKartA für 1959, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795 S. 130 betr. eine bis zum 30.6.1959 befristete Regelung der Kartellpreisliste für Mahlerzeugnisse und Jahresbericht für 1960, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 2734 S. 193, wonach ein bestimmter Preisabschlag, der für die genehmigten Konventionsmehlpreise ab 1.7.1958 vorgeschrieben war, bis auf Widerruf oder bis zu einer Entscheidung des BKartA über die Anträge des Mühlenkartells auf Erhöhung der Kartellhöchstpreise entfallen kann.

bräuchliche Einflüsse des Kartells bedurfte¹⁾.

bb) nach Ablehnung des Erlaubnisantrages

1. Rechtselbische Zementpreise

Nachdem der Erlaubnisantrag dieses Rationalisierungskartells nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB durch Beschluß der 1. Beschlußabteilung vom 13. Dezember 1961²⁾ abgelehnt worden war und das Kartell Rechtsmittel eingelegt hatte, wurde dem Kartell durch einstweilige Anordnung (B 1 - 77/62 vom 17. September 1962³⁾) eine bestimmte niedrigere Preisstellung aufgegeben. Nach Ansicht der Beschlußabteilung konnte das Kartell den bisherigen hohen Preis nur halten, weil es im rechtselbischen Gebiet nicht einmal dem Wettbewerb eines angrenzenden Syndikats ausgesetzt war. Da das Kartell, wenn es sämtliche Rechtsmittel ausgeschöpft hätte, den mit dem ablehnenden Beschluß beanstandeten Mißbrauch noch längere Zeit hätte fortsetzen können, wurde die Entscheidung wegen der für die Abnehmer eintretenden Nachteile für sofort vollziehbar erklärt. Dem Kartell wurde dabei eine Frist zur Erfüllung der Auflage und ggf. Nachprüfung der einstweiligen Anordnung im Rechtsmittelverfahren gesetzt.

Die einstweilige Anordnung wurde durch Beschluß der Einspruchsabteilung - 82/62 - vom 10. April 1963⁴⁾, durch den die einstweilige Anordnung geringfügig abge-

1) Wegen des ursprünglichen Vertragsinhaltes vgl. Jahresbericht des BKartA für 1959, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795 S. 78, wegen der eAO Jahresbericht für 1962, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1220 S. 37 ff. Der Erlaubnisantrag der SV wurde, nachdem das BKartA Bedenken gegen seine Erlaubnisfähigkeit erhoben hatte, unter Vertragsänderung (Streichen der wettbewerbsbeschränkenden Bestimmungen) zurückgenommen.

2) Siehe WuW 1962 S. 362; die Begründung entspricht der der Ablehnung des Süddeutschen Zementsyndikates = WuW/E BKartA 400, ausf. Abdruck in KuP K VII S. 380.

3) WuW/E BKartA 508; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 476.

4) WuW/E BKartA 656 /6577; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 563 und 667; s. auch Jahresbericht des BKartA für 1962, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1220 S. 19.

ändert wurde, im wesentlichen bestätigt; gleichzeitig wurde durch einstweilige Anordnung auch die sofortige Vollziehung dieses Beschlusses angeordnet. Das Kammergericht hat die Beschlüsse der Vorinstanzen teilweise aufgehoben¹⁾.

2. Textillohnveredlung II

Durch Beschluß der 2. Beschlußabteilung - 352/58 - vom 29. Dezember 1960 war der Erlaubnisantrag dieses Überläuferkartells und in gleicher Weise der der drei anderen Textilveredlerkartelle abgelehnt worden²⁾.

Durch Beschluß der Einspruchsabteilung vom 15. Dezember 1962 - 29/61³⁾ - wurde der Einspruch mit wiederum vier inhaltlich übereinstimmenden Beschlüssen zurückgewiesen und gleichzeitig unter Bestätigung der in dem Verfahren "Tobler" zu § 56 gewonnenen Erkenntnisse durch einstweilige Anordnung ab 1. März 1963 die Anwendung einer Bestimmung des Kartellvertrages (Preisliste) untersagt. Die einstweilige Anordnung wurde damit begründet, daß die Auftraggeber nicht auf andere Anbieter ausweichen können, die Veredlungskosten einen nicht unbeachtlichen Teil der Kosten des Fertigproduktes ausmachen, der mit dem Kartellvertrag verbundene Rationalisierungserfolg gering und eine Genehmigung der Preisabreden unmöglich ist. Der Erlaß der einstweiligen Anordnung lag daher sowohl im öffentlichen als auch im Interesse der Abnehmer.

-
- 1) Vgl. bei der nachfolgenden Darstellung der Entscheidungspraxis des KG.
 - 2) WuW/E BKartA 322; ausf. Abdruck der getrennten, im entscheidenden Teil in beiden Instanzen übereinstimmenden Beschlüsse gegen alle vier Textilveredlerkartelle in KuP K VII S. 290.
 - 3) Datum der Veröffentlichung in WuW/E BKartA 569 und des ausf. Abdrucks in KuP K VII S. 531. Im Jahresbericht des Bundeskartellamtes für 1962, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1220 S. 72 ist als Datum der 7.12.1962 angegeben.

IV. Einstweilige Anordnungen des Bundeskartellamtes nach unterlassenen Widerspruch

Rabattkartell der Linoleumhersteller

Das Rabattkartell der Linoleumhersteller¹⁾ war zunächst nach Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist wirksam geworden. Auf Grund des "Einspruchs" eines Beigeladenen hat dann jedoch die Einspruchsabteilung den Kartellvertrag durch Beschluß vom 13. November 1963 - 39/63²⁾ - für unwirksam erklärt; gleichzeitig hat sie zum Schutze der Mitglieder des Beigeladenen vor Nachteilen infolge der Sogwirkung des Rabattkartells durch einstweilige Anordnung die Anwendung des Kartellvertrages ab 1. Januar 1964 untersagt. Das Kammergericht hat den Beschluß der Einspruchsabteilung aufgehoben³⁾. Da die Einspruchsabteilung in diesem Verfahren nach der Rechtsauffassung des Kammergerichtes, die inzwischen vom Bundesgerichtshof bestätigt worden ist, auf Grund des "Einspruchs" des Beigeladenen überhaupt nicht in dieser Weise hätte tätig werden dürfen, dürfte dieser Fall einer einstweiligen Anordnung des Bundeskartellamtes nach unterlassenen Widerspruch zur nachträglichen Unwirksamklärung eines Kartellvertrages einmalig bleiben.

B. Die bisherige Entscheidungspraxis des Kammergerichtes

Das Kammergericht ist bisher verhältnismäßig wenig mit Beschwerden gegen einstweilige Anordnungen des Bundeskartellamtes befaßt worden. Eine eigene einstweilige Anordnung des Kammergerichtes, zu der es, wie eingangs ausgeführt, gesetzlich ermächtigt wäre, ist bisher über-

1) Wegen des Kartellvertrages vgl. WuW 1963 S. 390.

2) WuW/E BKartA 747 27557; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 707.

3) Siehe bei der nachfolgenden Darstellung der Entscheidungspraxis des KG.

haupt nicht bekanntgeworden. Das Kammergericht hat vielmehr bisher nur Anordnungen über die Aussetzung der Vollziehung nach § 63 Abs. 2 GWB getroffen. Die wenigen Fälle der zu § 56 ergangenen Entscheidungen des Kammergerichtes, die gleichwohl von erheblicher Bedeutung sind, können daher chronologisch wiedergegeben werden.

1. Tobler

Im Falle Tobler hat das Kammergericht durch Beschluß vom 12. Dezember 1961 - 5 Kart V 37/61¹⁾ - den Beschluß der Einspruchsabteilung vom 16. Oktober 1961 bestätigt. Es hat sich hierbei deren Auffassung angeschlossen, daß zur Ausfüllung des Tatbestandes des § 56, soweit es sich um die Voraussetzungen zum Erlaß einstweiliger Anordnungen handelt, die in anderen Gesetzen bei der Regelung vorläufiger Entscheidungen erkennbaren Rechtsgedanken herangezogen werden können. Im Falle Tobler selbst hat es die hiernach erforderlichen besonderen Voraussetzungen für die beantragte einstweilige Anordnung verneint. Den Verbrauchern hätten durch die Einführung der Preisbindung keine Nachteile gedroht, da sie sich mit billigeren Markenschokoladen anderer Hersteller versorgen konnten; der betroffene Handel erhalte einen gewissen Ausgleich für einen möglichen Umsatzrückgang durch die höhere Handelsspanne. Eine Schädigung des geschäftlichen Rufes der Antragsteller sei nicht zu befürchten, da deren bisherige Kunden die Importschokoladen auch anderweitig nicht billiger erhalten würden, wobei eine gewisse Lückenhaftigkeit der Preisbindung innerhalb einer Einführungszeit von viereinhalb Monaten nicht zu beanstanden sei. Auf der anderen Seite wäre nach Ansicht des Kammergerichtes die Marktverwirrung, die ein vorläufiges Verbot der Anwendung der Preisbindung mit sich bringen würde, beträchtlich.

1) WuW/E OLG 436.

2. Rabattkartell der Linoleumhersteller

Vor der Entscheidung über die Beschwerde gegen den Beschluß der Einspruchsabteilung vom 13. November 1963 hat das Kammergericht zunächst die sofortige Vollziehung dieses Beschlusses durch Beschluß vom 13. Dezember 1963 auf die Dauer von sechs Monaten ausgesetzt¹⁾. Das Kammergericht hat in diesem Beschluß die Auffassung vertreten, daß eine einstweilige Anordnung der sofortigen Vollziehung nur ergehen könne, wenn die Rechtswidrigkeit der Kartellzulassung außer Zweifel stehe²⁾ und unverhältnismäßig große Schädigungen in Betracht kommen. Das Kammergericht hat sodann durch Beschluß vom 26. Juni 1964 - Kart V 20/63 - ³⁾ den Beschluß der Einspruchsabteilung einschließlich der einstweiligen Anordnung aus formellen Gründen aufgehoben⁴⁾.

3. Rechtsselbische Zementpreise III

Das Kammergericht hat zunächst die Vollziehung der einstweiligen Anordnung der Einspruchsabteilung vom 10. April 1963 bis zur Entscheidung über die Beschwerde unter einer Auflage teilweise ausgesetzt, jedoch durch weiteren Beschluß vom 9. August 1963 eine uneingeschränkte Aussetzung der Vollziehung infolge nicht genügend glaubhaft gemachter Unrichtigkeit der Feststellungen

- 1) Der Beschluß ist nicht veröffentlicht worden, wird jedoch im Beschluß der Einspruchsabteilung vom 17.11.1964 "Großgebäude II" = WuW/E BKartA 867 /8727, der sich damit auseinandersetzt, zitiert. Vgl. im übrigen auch Jahresbericht des BKartA für 1963, 4. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 2370 S. 42 ff. Die hier interessierenden Ausführungen des KG sind insbesondere bei Becher, NJW 1965, S. 618/619 abgedruckt.
- 2) Wegen der gegenteiligen Ansicht der Einspruchsabteilung s. oben unter "Großgebäude II".
- 3) WuW/E OLG 677.
- 4) Die Unterlassung des Widerspruchs bei einem Widerspruchskartell ist nach Ansicht des KG keine Verfügung der Kartellbehörde. Daher sei auch kein Einspruch und damit kein Einspruchsverfahren vor der Einspruchsabteilung möglich, sondern allenfalls die Erhebung einer Untätigkeitsbeschwerde. Der BGH hat diese Ansicht inzwischen durch Beschluß vom 8.4.1965 - KVR 2/64 = BB 1965 S. 562 bestätigt.

des Bundeskartellamtes abgelehnt. Das Kammergericht hat schließlich durch Beschluß vom 28. Januar 1964 - 5 Kart V 27/62¹⁾ - die Beschlüsse der Vorinstanzen teilweise aufgehoben, weil sie auf unzutreffenden Feststellungen über den zur Beseitigung der Diskriminierungen erforderlichen Marktpreis beruht haben²⁾. Das Kammergericht hat in seinem Beschluß verfahrensmäßige Bedenken gegen eine Anwendung des § 56 in diesem Verfahren angedeutet, da eine einstweilige Anordnung gegen Mißbräuche nur in einem Mißbrauchs- und nicht in einem Erlaubnisverfahren erlassen werden könne. Das Kammergericht hat die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung in Kartellverfahren gegen die vom Verfasser im Voraufsatz geäußerten Bedenken für zulässig erachtet. Das Kammergericht hat sich ferner mit der Frage befaßt, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung selbständig neben der Hauptentscheidung anfechtbar ist, und diese Frage für den Fall ihrer Anordnung nach § 56 GWB bejaht. Das Kammergericht hat hierbei die Ansicht vertreten, daß die Anordnung der sofortigen Vollziehung außer im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 56 GWB auch unmittelbar auf § 80 VwGO gestützt werden kann, wobei in diesem Falle kein besonderer Rechtsbehelf, sondern lediglich der Antrag beim Gericht auf Aussetzung der Vollziehung möglich sei.

1) WuW/E OLG 641.

2) Dagegen hat sich der BGH größtenteils wieder der Ansicht des BKartA angeschlossen und das Verfahren an das KG zurückverwiesen, "dem es auch überlassen bleibt, über die von den Beteiligten in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht wieder aufgegriffene Frage des erneuten Erlasses einstweiliger Anordnungen zu befinden", Beschluß vom 17.5.1965 - KVR 1/64 KG Berlin - "Rechtselbische Zementpreise" = BB 1965, S. 1049 = WuW/E BGH 667/6747.

3. Kapitel

Zusammenfassung der bisher in Entscheidungspraxis und Literatur geäußerten Ansichten

Nach dem gegenwärtigen Stand der Entscheidungspraxis und der Literatur stehen sich hinsichtlich des Anwendungsbereiches und der Voraussetzungen einstweiliger Anordnungen in Kartellverfahren nunmehr drei Auffassungen gegenüber:

- I. Mit einer einstweiligen Anordnung kann in Kartellverfahren auch der sofortige Vollzug der Hauptentscheidung angeordnet werden (extensive Auslegung).
- II. § 56 GWB umfaßt nur den Anwendungsbereich von § 123 VwGO (restriktive Auslegung).
- III. Einstweilige Anordnungen sind als selbständige Verwaltungsakte in Kartellverfahren außerhalb der Hauptentscheidung möglich.

Zu I.

Diese Auffassung wird in ständiger Verwaltungspraxis von der Einspruchsabteilung des Bundeskartellamtes ("Tobler", "Textilohnveredlung II" und "Großgebäude II") und vom Kammergericht ("Tobler" und "Rechtselbische Zementpreise III") vertreten, ferner von Zweigert¹⁾ und Junge²⁾, von Köhler³⁾, Fromm⁴⁾ und Rauschenbach⁵⁾, allerdings mit folgenden Unterschieden:

Die Einspruchsabteilung stützt die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf § 56 GWB und § 80 VwGO; sie

- 1) In der 1. und 2. Aufl. des GemKomm., § 63 Anm. 3 und § 64 Anm. 3.
- 2) In der 2. Aufl. des GemKomm., § 56 Anm. 3.
- 3) NJW 1961, S. 153.
- 4) BB 1965, S. 612.
- 5) In seiner gerade erschienenen Darstellung des Wirtschaftsrechts mit Kartellrecht, S. 187.

hat demnach nach Ansicht von Schottelius¹⁾ ein neues Rechtsinstitut geschaffen. Nach Ansicht der Einspruchsabteilung im Falle Tobler müssen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung vor der Hauptentscheidung strengere Voraussetzungen entsprechend §§ 940 ZPO, 123 VwGO vorliegen, während für eine zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung ergehende Anordnung der sofortigen Vollziehung die Grundsätze des § 80 VwGO zu beachten sind. Ebenso das Kammergericht. Nach der letzten Entscheidung des Kammergerichtes im Falle des Rabattkartells der Linoleumhersteller "sind einstweilige Anordnungen der Kartellbehörde, die eine sofortige Inkraftsetzung ihrer Entscheidung zum Gegenstand haben, nur in besonderen Ausnahmefällen zuzulassen, in denen die Rechtswidrigkeit außer Zweifel steht und unverhältnismäßig große Schädigungen in Betracht kommen"²⁾. Gegen dieses vom Kammergericht zusätzlich aufgestellte Erfordernis hat sich kürzlich die Einspruchsabteilung im Falle Großgebäude II ausgesprochen, "weil es keinen Fall geben dürfte, in dem von einem Verfahrensbeteiligten die Rechtswidrigkeit seines Handelns nicht bestritten wird". Nach Ansicht der Einspruchsabteilung haben sich daher "nach § 56 ergehende einstweilige Anordnungen über den sofortigen Vollzug von Entscheidungen der Kartellbehörde auf Fälle mit besonderen Voraussetzungen zu beschränken"^{3) 4)}. Damit hat die Einspruchsabteilung ihr zunächst im Falle Tobler aufgestelltes Erfordernis besonders strenger Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung vor der Hauptentscheidung aufgegeben und fordert diese nunmehr bei einstweiligen Anordnungen zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung. Praktisch bestehen heute zwischen der Auffassung des Kammergerichtes und der Einspruchsabteilung über die Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Vollziehung kaum noch Unterschiede, da auch

1) BB 1964, S. 1238.

2) Auszugsweise abgedruckt bei Becher, NJW 1965, S. 618.

3) Siehe hierzu im einzelnen WuW/E BKarta 867 2872; ausf. Abdruck in KuP K VII S. 861.

4) Nahezu ebenso Junge in der 2. Aufl. des GemKomm., § 56 Anm. 3, wonach die Voraussetzungen hier wesentlich strenger als bei einer eAO bis zum Erlaß der Hauptentscheidung zu beurteilen seien.

die Einspruchsabteilung die im Falle Großgebäude von der 3. Beschlußabteilung erlassene einstweilige Anordnung nicht gebilligt hat, wenn auch mit der Begründung, "weil es sich dabei um bisher nicht unterschiedene Fragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt"¹⁾.

Das Kammergericht hat ferner im Falle Rechtsselbische Zementpreise III eine Doppelkonstruktion angewandt²⁾ und die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Kartellverfahren neben der auf die §§ 56 GWB und 80 VwGO gestützten Entscheidungspraxis der Einspruchsabteilung auch unmittelbar nach § 80 VwGO für zulässig erachtet³⁾.

Junge⁴⁾ hält die Anordnung der sofortigen Vollziehung "im Rückgriff auf § 80 VwGO" für zulässig, wobei er die Formel "sofortige Vollziehung = Untersagung" gebraucht.

Zweigert hält ganz allgemein einstweilige Anordnungen im Rahmen der aufschiebenden Wirkung für zulässig, und zwar, worauf er als erster hinweist, nicht nur zu deren Ausschluß, sondern auch zur Anordnung des Eintritts der aufschiebenden Wirkung durch das Beschwerdegericht in den nicht vom GWB vorgeschriebenen Fällen⁵⁾. Das Gegenteil sei nirgends vorgeschrieben und würde einem dringenden praktischen Bedürfnis zuwiderlaufen. Im Falle der Anordnung der sofortigen Vollziehung sei jedoch der betroffene Vertrag nicht schon nichtig und unwirksam,

1) Mit diesen vom KG und der Einspruchsabteilung in letzter Zeit normierten erschwerten Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung haben beide Instanzen nahezu unerfüllbare Anforderungen aufgestellt und damit eine Anwendung des § 56 GWB zu diesem Zweck praktisch blockiert. Zum gleichen Ergebnis kommt auch Schottelius aaO, wonach das KG mit dieser Entscheidung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung derart strenge Voraussetzungen aufstellt habe, daß es bis zum Ausspruch der Unzulässigkeit der sofortigen Vollziehung zwar rechtlich ein großer, faktisch aber nur noch ein kleiner Schritt sei.

2) So Schottelius aaO.

3) Diese Ansicht ist inzwischen vom BKartA übernommen worden, vgl. Jahresbericht für 1964, Bundestagsdrucksache IV/3752, S. 55.

4) Nach Aufgabe seiner bisher in der 1. Aufl. des GemKomm. vertretenen gegensätzlichen Ansicht.

5) Ebenso Schottelius aaO.

sondern es dürften bis zur rechtskräftigen Entscheidung lediglich Rechte aus dem Vertrag nicht abgeleitet werden.

Nach von Köhler ist die Entscheidung über den Suspensiv-effekt ein Unterfall der einstweiligen Anordnung, der nur in manchen Gesetzen selbständig geregelt wird. Der Erlaß einstweiliger Anordnungen sei in das gesetzesbezogene Ermessen der Kartellbehörde gestellt und generell berechtigt, wenn anderenfalls durch Zeitablauf der Sinn der zu treffenden Verfügung in Frage gestellt sei.

Fromm begründet seine Ansicht, daß nach § 56 GWB auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung zulässig sei, damit, daß § 56 und § 63 Abs. 1 GWB enumerativ auf die gleichen Fälle für anwendbar erklärt seien und daher die gesetzliche Ermächtigung des § 56 zum Erlaß einstweiliger Anordnungen unerklärlich wäre, sofern damit nicht der nach § 63 Abs. 1 GWB eintretende Suspensiveffekt ausgeschlossen werden könnte.

Zu II.

In diesem Sinne haben sich Schottelius¹⁾ und ihm folgend Keune²⁾ und Becher³⁾ geäußert, wobei Keune wörtlich für eine restriktive Auslegung des § 56 GWB eintritt⁴⁾. Auch Hirsch⁵⁾ scheint bei seinen Ausführungen diesen Anwendungsbereich des § 56 zugrunde gelegt zu haben. Wie Schottelius bemerkt, zeige insbesondere die von Zweigert gegebene Begründung für die Zulässigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung, auf welch

1) aaO.

2) DB 1965, S. 95.

3) NJW 1965, S. 616.

4) aaO S. 97.

5) Kontrolle wirtschaftlicher Macht, S. 65.

schwachen Füßen die Auslegungen des § 56 GWB stehen, und daß sie vom Zweckdenken nur der einen Seite, der Verwaltung, beherrscht sind. Die sofortige Vollziehung von Entscheidungen in Kartellverfahren stelle, da sich die Verkehrsbeteiligten auf die dadurch geschaffene Lage schnell einstellen, trotz des de iure nicht angestasteten zivilrechtlichen Verhältnisses de facto einen irreparablen Eingriff dar, der dem Betroffenen nicht wiedergutzumachende Nachteile bringe. § 56 GWB umfasse daher nur den Anwendungsbereich von § 123 VwGO. Sofern die Kartellbehörde dennoch mit oder ohne Zitat des § 80 VwGO den Sofortvollzug anordnet, muß sie nach Becher § 80 in seiner Gesamtheit respektieren und damit auch die in § 80 Abs. 5 VwGO vorgesehene unmittelbare Anrufung des Gerichtes. Eine unmittelbare Anrufung des Gerichtes gegen eine erstinstanzliche Anordnung der sofortigen Vollziehung durch das Bundeskartellamt sehe das GWB jedoch nicht vor, und eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in diesen Fällen sei zweifelhaft. Da die im Grundgesetz enthaltene Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4, die die sofortige Anrufung der Gerichte vorsehe, durch die nach der bisherigen Regelung des GWB vorgeschriebene Zwischenschaltung der Einspruchsinstanz vereitelt werde, sei die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch eine Beschlußabteilung verfassungswidrig. Sie müsse daher bei der bisherigen Regelung zumindest solange zurückgestellt werden, bis das Verfahren vor der Einspruchsinstanz anhängig ist.

Zu III.

Diese Ansicht wurde vom Verfasser in seinem Voraufsatz¹⁾ und von Junge noch in der 1. Auflage des Gemeinschaftskommentars²⁾ vertreten. Beide Autoren unterscheiden

1) NJW 1961, S. 153.

2) § 56 Anm. 1

sich lediglich darin, daß nach Auffassung des Verfassers die einstweilige Anordnung des § 56 GWB ein eigenständiges Institut ist¹⁾, während nach Junge auf die Tatbestandsmerkmale des aufgehobenen § 30 Abs.1 BVerwGG zurückgegriffen werden konnte.

Diese Ansicht stellt eine Zwischenlösung zwischen der extensiven und der restriktiven Auslegung des § 56 dar. Der Verfasser ist wegen dieser Ansicht von Vertretern der beiden anderen Auffassungen eines Gesetzesverstößes bezichtigt worden²⁾. Tatsächlich besteht jedoch zwischen der vom Verfasser vertretenen Ansicht und der extensiven Auslegung nach der inzwischen von Junge und Zweigert gegebenen Interpretierung, welche Wirkungen die Anordnung der sofortigen Vollziehung habe, unter Umständen nur noch ein formaler Unterschied in der Tenorierung. Diese beiden Autoren halten die ausdrückliche Anordnung der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung für zulässig, während nach Ansicht des Verfassers eine einstweilige Anordnung in Mißbrauchsverfahren auch im Tenor nur das Verbot der weiteren Handhabung enthalten darf. Auf diese damit vom Verfasser vertretene Handhabung des § 56 GWB "mit der Wirkung einer sofortigen Vollziehung" hat bereits Schottelius hingewiesen³⁾.

Mit den folgenden Ausführungen soll versucht werden, die vom Verfasser in seinem Voraufsatz vertretene Auffassung nochmals eingehend zu untersuchen und zu begründen.

1) So auch Fromm, aaO, S. 613.

2) Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., § 63 Anm. 4: "Katzke schaltet schlechthin den Wortlaut des Gesetzes aus" bzw. Schottelius, aaO, S. 1240: "... da er (Katzke) in einer mit dem Gesetz nicht zu vereinbarenden Weise dem § 56 einen anderen Inhalt gibt".

3) aaO, S. 1241. Aus diesem Grunde hat auch Fromm, aaO, S. 612, den Verfasser zu den Vertretern der Auffassung zu I gerechnet.

4. Kapitel

Kritische Auseinandersetzung mit der bisherigen Entscheidungspraxis und Literatur und eigener Lösungsversuch

§ 1 Das Verhältnis von einstweiliger Anordnung und Suspensiveffekt im GWB

Der Anwendungsbereich des § 56 GWB

A. Wortinterpretation des § 56 GWB

Die Auslegung einer Gesetzesbestimmung beginnt herkömmlicherweise mit der strikten Wortinterpretation¹⁾. Nach § 56 GWB kann die Kartellbehörde "bis zur endgültigen Entscheidung über eine Erlaubnis oder eine Verfügung ... einstweilige Anordnungen zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes treffen". Eindeutig ist an dieser Formulierung nur, daß es sich um einstweilige Regelungen handeln muß. Dagegen läßt die Wendung "bis zur endgültigen Entscheidung" nahezu sämtliche Auslegungen zu. Setzt man "endgültig" in Gegensatz zu "vorläufig", so würde das bedeuten, daß eine einstweilige Anordnung nur als vorläufige Regelung bis zum Erlaß der Hauptentscheidung getroffen werden kann. Ist jedoch unter "endgültig" genauer "unanfechtbar" zu verstehen, könnte eine einstweilige Anordnung während der Dauer des gesamten Hauptverfahrens, d.h. sowohl während des eigentlichen Kartellverwaltungsverfahrens vor den Beschlußabteilungen und der bisherigen Einspruchsabteilung des Bundeskartellamtes als auch während des Schwebens des Verfahrens vor den Rechtsmittelinstanzen bis zum Eintritt der Rechtskraft des abschließenden Beschlusses erlassen werden. Berücksichtigt man hingegen, daß es in § 56 nicht heißt "bis zur endgültigen Entscheidung über einen Antrag auf Erlaubnis ...", so ist auch die Annahme

1) Vgl. zur Methodik der Gesetzesauslegung Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 18, und Hüttel, DVerwBl 1965, S. 61.

gerechtfertigt, daß eine einstweilige Anordnung überhaupt erst nach Erlaß der Hauptentscheidung (bis zu deren Unanfechtbarkeit) getroffen werden kann.

Die Wortinterpretation führt daher zu widerspruchsvollen Ergebnissen.

B. Entstehungsgeschichte und Auslegung des § 56 GWB anhand der Gesetzesmaterialien

Bei aller gebotenen Vorsicht gegenüber einer zu starken Bewertung der Gesetzgebungsmotive¹⁾ können diese zumindest ergänzend für die Interpretation einer Bestimmung herangezogen werden.

Wie in der Begründung des Regierungsentwurfes zum GWB ausgeführt wird, geht die einstweilige Anordnung des GWB auf eine bereits vom Kartellgericht während der Geltung der Kartellverordnung von 1923 entwickelte Übung zurück. In der Begründung zum damaligen § 47 heißt es²⁾:

"1. Es besteht vielfach ein praktisches Bedürfnis, vor Erlaß einer endgültigen Entscheidung gewisse vorläufige Regelungen zu treffen. Bereits das Kartellgericht hatte, obwohl die KartVO von 1923 besondere Vorschriften darüber nicht enthielt, die Übung entwickelt, während der Dauer des Verfahrens durch einstweilige Anordnungen gewisse Regelungen zwischen den Beteiligten zu treffen. Für das Verfahren vor dem Reichswirtschaftsgericht wurde dann durch § 37 des Gesetzes über das Reichswirtschaftsgericht vom 25.2.1938 (RGBl I S. 216) ausdrücklich eine Rechtsgrundlage für den Erlaß derartiger Anordnungen geschaffen ..."

Der Anwendungsbereich einstweiliger Anordnungen in Erlaubnisverfahren wird sodann wie folgt umrissen:

"2. In diesen Anordnungen mag z.B., wenn ein Antrag auf Erlaubnis eines Kartellvertrages gestellt worden ist, für eine beschränkte Zeit und in einem be-

1) Vgl. hierzu insbesondere Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm. § 56 Anm. 4 Abs. 6 unter Zitierung eines Urteils des Bundesverfassungsgerichtes vom 15.12.1959 = BVerfG E Bd. 10 S. 244.

2) Abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm. S. 1113.

schränkten Umfange eine Erlaubnis gemäß §§ 2 bis 5 (des Entwurfs. Der Verfasser) erteilt werden, bis die Untersuchungen abgeschlossen sind, die eine endgültige Erlaubnis zulassen. Das gleiche gilt, falls über die Verlängerung, den Widerruf oder die Einschränkung einer Erlaubnis entschieden werden soll, sowie für alle anderen in § 47 erwähnten Entscheidungen ..."

Der mit der Zulassung einstweiliger Anordnungen in Mißbrauchsverfahren verfolgte Zweck ergibt sich aus der Begründung der Änderungsvorschläge des Bundesrates zum Regierungsentwurf¹⁾. Der Bundesrat, der u.a. auch den damaligen § 13 (jetzt §§ 16 und 17) in den damaligen § 47 aufgenommen hatte, hat hierzu ausgeführt:

"Die Ergänzungen beruhen darauf, daß die Kartellbehörde in der Lage sein muß, auch gegenüber Mißbräuchen mit einer einstweiligen Anordnung vorzugehen. Anderenfalls könnten die nach diesem Gesetz unzulässigen Mißbräuche jahrelang hinausgeschleppt werden."

Hinsichtlich der einstweiligen Anordnungen in Mißbrauchsverfahren muß allerdings darauf hingewiesen werden, daß der Gesetzgeber ursprünglich von der Konzeption ausging, daß die Befugnisse nach dem GWB von zwei voneinander unabhängigen Instanzen, und zwar einer Ermittlungs- und einer Feststellungsinstanz, wahrgenommen werden sollten²⁾. Da hierbei dem Bundeskartellamt die Rolle einer Ermittlungs- und Anklagebehörde zgedacht war, die lediglich Anträge beim zuständigen Oberlandesgericht stellen konnte, war auch der Erlaß einstweiliger Anordnungen in Mißbrauchsverfahren zunächst nur den Gerichten vorbehalten. Eine Änderung im Sinne der heutigen Fassung ist verhältnismäßig spät zustande gekommen, und zwar erst auf einen entsprechenden Hinweis des Vertreters des Bundeswirtschaftsministeriums in der 217. Sitzung des Rechtsausschusses am 27. Mai 1957. Erwähnens-

1) Abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm. S. 1142.

2) Vgl. den Abschnitt "Verfahrensfragen" im Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm. S. 1171. Im Gegensatz dazu vereinigte das zur Ausführung der Kartellverordnung von 1923 errichtete Kartellgericht noch die Funktionen eines Gerichtes und einer Verwaltungsbehörde, vgl. Ewald, WuW 1958, S. 317.

wert ist auch, daß der Rechtsausschuß seine ursprünglichen Bedenken gegen die Zulassung einstweiliger Anordnungen überhaupt nur zurückgestellt hat, nachdem der Vertreter des Bundesjustizministeriums auf die Möglichkeiten der Aussetzung der Vollziehung durch das Beschwerdegericht hingewiesen hatte . (Vgl. § 63 Abs. 2 GWB)

In der Begründung des Regierungsentwurfs zum damaligen § 50 (jetzt § 63) sind Ausführungen über den Ausschluß des Suspensiveffektes bei einstweiligen Anordnungen enthalten. Es heißt hier¹⁾:

"1. Es entspricht den allgemeinen Regeln des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, daß ein Rechtsmittel grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat. Würde eine Entscheidung ungeachtet eines dagegen eingelegten Rechtsmittels sofort in Kraft treten, so ließe sich gerade im Rahmen des vorliegenden Gesetzes die Wirkung der Entscheidung kaum beseitigen, wenn das Rechtsmittel später Erfolg haben sollte. Absatz 1 legt deshalb in den dort aufgeführten Fällen der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Dies deckt sich mit den entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsgerichtsgesetze; vgl. z.B. § 51 des Süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzes, § 51 MRVO Nr. 165.

2. Dieser Grundsatz, daß die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat, ist einzuschränken, soweit überwiegende sachliche Gründe es angemessen erscheinen lassen, eine Entscheidung der Kartellbehörde sofort zu vollziehen. Diese Voraussetzungen liegen in den in Absatz 2 erwähnten Fällen vor ... sowie allgemein bei allen einstweiligen Anordnungen im Sinne des § 47. Dem Zwecke einstweiliger Anordnungen würde es widersprechen, wenn ihre Wirkung jederzeit durch Einlegung einer Beschwerde suspendiert werden könnte ..."

Der Wirtschaftspolitische Ausschuß hat dagegen in seinem Bericht zum damaligen § 50 folgendes bemerkt²⁾:

"Die Ausschüsse haben über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde lange beraten, sie aber im Grundsatz festgehalten, da die 'vorläufige Vollstreckbarkeit'

1) Abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm. S. 1115.

2) Abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm. S. 1203.

noch nicht bestätigter Verwaltungsentscheidungen kaum zu bewältigende Rechtsprobleme aufwirft, zumal an eine Schadensersatzpflicht bei Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nicht zu denken ist ..."

Eine eindeutige Aussage enthalten die Gesetzesmaterialien damit lediglich hinsichtlich der ohnehin unproblematischen Anwendung des § 56 in Erlaubnisverfahren zur Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis bis zum Abschluß der Untersuchungen, die eine endgültige Erlaubnis zulassen.

Hinsichtlich der Anwendung des § 56 GWB in Mißbrauchsverfahren, in denen einstweilige Anordnungen üblicherweise erst zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung ergehen, sind die Materialien hingegen widerspruchsvoll. So ist aus der Begründung der Änderungsvorschläge des Bundesrates nichts darüber zu entnehmen, wann eine einstweilige Anordnung ergehen kann, mit der das jahrelange Hinausschleppen eines unzulässigen Mißbrauches verhindert werden soll. Die Begründung des Regierungsentwurfes zum damaligen § 50 ist dagegen eindeutig, indem sie darlegt, wann es angemessen erscheine, eine Entscheidung der Kartellbehörde "sofort zu vollziehen". Diese positive Aussage des Regierungsentwurfes zur Handhabung des § 56 GWB in diesem Sinne wird jedoch weitgehend entkräftet durch die ebenso eindeutig negative Bemerkung im Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses über die "vorläufige Vollstreckbarkeit" noch nicht bestätigter Verwaltungsentscheidungen. Immerhin könnte diese Bemerkung darauf hinweisen, daß die Ausschüsse ausnahmsweise einstweiligen Anordnungen eine vorläufige Vollstreckbarkeit zugestanden haben.

Auch die Auslegung des § 56 GWB unter Zuhilfenahme der Materialien führt daher hinsichtlich der streitigen Handhabung dieser Bestimmung in Mißbrauchsverfahren zu keinem eindeutigen Ergebnis.

C. Auslegung nach der Systematik und dem Sinn und Zweck des Gesetzes

Im ordentlichen Verwaltungsstreitverfahren haben die Anrufung der zweitinstanzlichen Verwaltungsbehörde durch Einlegung eines Widerspruches oder die Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Die Verwaltungsbehörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, kann jedoch nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO unter den dort normierten Voraussetzungen die aufschiebende Wirkung ausschließen und die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes anordnen. Umgekehrt kann nach § 80 Abs. 5 VwGO das Gericht auf Antrag, der schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig ist, die aufschiebende Wirkung wieder herstellen oder nach Satz 3, sofern der Verwaltungsakt bereits vollzogen ist, die Aufhebung der Vollziehung anordnen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kann nach Satz 4 von der Leistung einer Sicherheit oder anderen Auflagen abhängig gemacht werden.

Das GWB geht demgegenüber davon aus¹⁾, daß der Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt. Dies ergibt sich indirekt aus § 63 Abs. 1 GWB, der enumerativ die Verfahren aufzählt, in denen der Einlegung eines Rechtsmittels gegen eine Entscheidung der Kartellbehörde aufschiebende Wirkung zukommt²⁾; freilich stellen diese Fälle den wesentli-

1) Vgl. die grundlegenden Ausführungen von Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., § 63 Anm. 1.

2) Nach Zweigert, aaO, § 62 Anm. 16, gibt es darüber hinaus weitere Fälle, in denen ebenfalls der Einlegung eines Rechtsmittels aufschiebende Wirkung zukommt, so insbesondere bei § 46 Abs. 1, da hier mit der Erteilung der geforderten Auskunft bereits die Hauptsache erledigt und daher die weitere Verfolgung eines Rechtsmittels sinnlos wäre. Ebenso von Köhler, NJW 1961, S. 155, sowie bei Rechtsmitteln gegen die Ablehnung eines Antrages auf Ausschluß der Öffentlichkeit im Rahmen eines Verfahrens nach § 24 GWB neuerdings Dörinkel, WuW 1965, S. 809 /810/811, wonach in diesen Fällen dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift immanent sei.

chen Anwendungsbereich des GWB dar¹⁾.

Nahezu in denselben Verfahren, in denen die Einlegung eines Rechtsmittels nach § 63 Abs. 1 aufschiebende Wirkung hat, können nach § 56 GWB einstweilige Anordnungen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes getroffen werden. Die Einlegung eines Rechtsmittels gegen einstweilige Anordnungen hat, wie sich wiederum indirekt aus § 63 Abs. 2 ergibt, per se noch keine aufschiebende Wirkung. Die einstweilige Anordnung muß vielmehr erst durch besondere Anordnung des Beschwerdegerichtes ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt werden. Hieraus folgert Fromm²⁾, daß damit der Kartellbehörde eine Ermächtigung zum Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels durch eine einstweilige Anordnung gegeben ist.

Nach § 63 Abs. 3 GWB gilt § 56 entsprechend für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht. Bereits Zweigert³⁾ hat darauf hingewiesen, daß die Systematik des § 63 GWB, der die Generalvorschrift des § 63 Abs. 3 auf die Sondervorschrift des Abs. 2 folgen lasse, schwer verständlich ist. Es ist in der Tat mit Zweigert nicht recht einzusehen, aus welchem Grunde Abs. 2 dem Beschwerdegericht die besondere Ermächtigung zur Suspendierung einer einstweiligen Anordnung der Kartellbehörde gibt, wenn nach Abs. 3 ohnehin der gesamte § 56 für das Beschwerdeverfahren gilt. Nach Zweigert wäre daher die besondere Vorschrift des § 63 Abs. 2 Satz 1 überflüssig, sofern der Gesetzgeber nicht damit zum Ausdruck bringen wollte, daß insbesondere im Falle des § 56 GWB andere einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichtes als die in Abs. 2 ausdrücklich zugelassenen ausgeschlossen sein

1) Aus diesem Grunde vertritt Müller-Gries, § 63 Anm. 1, die Ansicht, daß sich das GWB im wesentlichen der in Verwaltungsverfahren geltenden Regelung, daß die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat, angeschlossen habe.

2) aaO, S. 613.

3) 2. Aufl. des GemKomm., § 63 Anm. 4.

sollen. Zweigert lehnt jedoch ein argumentum e contrario aus Abs. 2 Satz 2 ab, daß im Rahmen der aufschiebenden Wirkung andere einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichtes ausgeschlossen seien.

Wie Zweigert bereits einleitend darauf hingewiesen hatte 1), haben die Verfahrensvorschriften des GWB im Gesetzgebungsverfahren aus Zeitmangel nicht das ihnen gebührende Interesse gefunden, so daß daher die praktische Anwendung der Verfahrensvorschriften auf erhebliche Schwierigkeiten stoße. Auch von Köhler vertritt die Ansicht, daß insbesondere die Regelungen der §§ 56 und 63 nicht aufeinander abgestimmt seien 2). Offensichtlich hat auch der Gesetzgeber die nicht abschließende Regelung der Verfahrensvorschriften erkannt und daher in § 80 Abs. 1 GWB eine Ermächtigung für den Erlass weiterer Verfahrensvorschriften für das Verfahren vor der Kartellbehörde vorgesehen, die auch das Verfahren vor dem Beschwerdegericht erfassen können 3). Da diese Verfahrensvorschriften jedoch bisher nicht erlassen worden sind, soll mit den nachfolgenden Ausführungen versucht werden, bereits eine befriedigende Auslegung der gegenwärtig in Betracht kommenden Verfahrensvorschriften der §§ 56 und 63 zu finden.

Der zuvor wiedergegebenen Ansicht von Zweigert, wonach die Anwendung des § 56 GWB im Rahmen der aufschiebenden Wirkung nicht ausgeschlossen sei, kann jedoch auch nach nochmaliger Überprüfung der vom Verfasser bereits im Voraufsatz geäußerten Ansicht im Grundsatz nicht gefolgt werden. Der Aufbau des § 63 ist vielmehr dann durchaus verständlich, wenn er in folgender Weise interpretiert wird: Abs. 1 regelt die Verfahren, in denen der Einle-

- 1) 2. Aufl. des GemKomm., Vorbemerkung 1 zu §§ 62 bis 75; ebenso Baur, ZZP, Band 72, S. 31, und Reimann, WRP 1957, S. 321.
- 2) VerwArchiv, Band 54, Heft 3, S. 279: "§ 56 erteilt der Behörde den Auftrag, mit eAOen regelnd in das Marktgeschehen einzugreifen, also mit vorläufigen, sofort wirksamen Verwaltungsakten; gleichwohl bestimmt das Gesetz, daß der in gleicher Sache erlassene endgültige Verwaltungsakt, der also doch auf Grund einer besseren Erforschung des Sachverhaltes erlassen wird, dem Suspensiveffekt unterliegt, wenn er angefochten wird."
- 3) Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 1158, Anlg. 1, Abschnitt C. Begründung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes. Zu § 61, Ziff. 1 und 2, abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm., S. 1118.

gung eines Rechtsmittels abweichend von der grundsätzlichen Regelung des GWB aufschiebende Wirkung zukommt. Abs. 3 gibt dem Beschwerdegericht die gleiche Befugnis wie der Kartellbehörde zum Erlaß einstweiliger Anordnungen in dem vom Verfasser bereits im Voraufsatz und nachstehend nochmals erläuterten Sinne, nämlich zur einstweiligen Regelung eines konkreten Sachverhaltes durch gerichtliche Anordnungen außerhalb der Hauptentscheidung. Einstweilige Anordnungen innerhalb des Rahmens der aufschiebenden Wirkung sind dagegen jedenfalls vom Gesetzgeber nur in Abs. 2 Satz 1 zugelassen worden, d.h. zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels durch das Beschwerdegericht gegen eine einstweilige Anordnung in dem hier vertretenen Sinne.

Den von Zweigert zur Stützung seiner Ansicht herangezogenen Fall, daß nach Abs. 3 von dem Beschwerdegericht auch einstweilige Anordnungen im Rahmen der aufschiebenden Wirkung im umgekehrten Falle erlassen werden können, nämlich in den Fällen, in denen das GWB nicht den Eintritt des Suspensiveffektes bei Einlegung eines Rechtsmittels vorgesehen hat, hatte der Verfasser in seinem Voraufsatz noch gar nicht behandelt. Insofern ist es allerdings richtig, daß gegen die im GWB vorgesehene grundsätzliche Versagung des Suspensiveffektes bei Einlegung eines Rechtsmittels verfassungsrechtliche Bedenken bestehen¹⁾. Diese von Zweigert aus Art. 19 Abs. 4 GG²⁾ hergeleiteten Bedenken, wonach der von einem

1) Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., § 63 Anm. 1 a.E. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits während der Geltung des BVerwGG ausgeführt hatte, ist der Suspensiveffekt ein Wesensmerkmal des im Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4) gewährleisteten Verwaltungsschutzes, Beschluß vom 8.9.1953 = NJW 1953, S. 1607. Auf die Tatsache, daß die Verfahrensvorschriften des GWB noch einer wesentlich eingehenderen Ausformung bedürfen, wenn sie mit dem Grundgesetz in Einklang sein sollten, hatte auch schon Forsthoff in der Festschrift für Isay, S. 127, noch während der Beratung des GWB hingewiesen.

2) Nach Obermayer in VVDtStl Heft 18, S. 166, ist Art. 19 Abs. 4 GG als "regula aurea" ein unabdingbarer Bestandteil unserer rechtsstaatlichen Ordnung.

belastenden Verwaltungsakt Betroffene die Möglichkeit haben muß, sich durch Einlegung eines Rechtsmittels sofort bis zur Entscheidung des Gerichtes von einem von ihm für rechtswidrig gehaltenen Druck zu befreien, kann indessen nicht zur Begründung dafür herangezogen werden, daß im Rahmen der aufschiebenden Wirkung einstweilige Anordnungen nach § 56 in beiden Richtungen zulässig sind, d.h. sowohl zur Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes in den in § 63 Abs. 1 aufgezählten Verfahren, in denen die Einlegung eines Rechtsmittels aufschiebende Wirkung hat, als auch zur Anordnung des Suspensiveffektes in den nicht in § 63 Abs. 1 aufgeführten Verfahren. Die von Zweigert angegebene Begründung¹⁾ kann vielmehr lediglich zu der danach erforderlichen Korrektur des GWB in der Richtung führen²⁾, daß im Wege verfassungskonformer Auslegung des § 63 Abs. 3 einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichtes auch zur Anordnung des Eintritts des Suspensiv-

1) In der 2. Aufl. des GemKomm. § 63 Anm. 4: "... das Ventil, das den exzeptionellen grundsätzlichen Wegfall der aufschiebenden Wirkung im GWB erst verfassungsrechtlich tragbar macht ..."

2) Vgl. hierzu Ule, Deutsches Verwaltungsblatt 1959, S. 538/539: "Man wird davon ausgehen müssen, daß Art. 19 Abs. 4 die Aushöhlung des gewährten gerichtlichen Rechtsschutzes durch Schaffung vollendeter Tatsachen verhindern will ... Aufschiebende Wirkung der Klage und einstweilige Regelungen durch das Gericht stehen in einem untrennbaren Zusammenhang. Beide Mittel dienen dem gleichen Zweck, nämlich zu verhüten, daß der durch Art. 19 Abs. 4 gewährte Rechtsschutz praktisch illusorisch wird. Welches der beiden Mittel der Gesetzgeber wählt, bleibt ihm freigestellt. Aber fehlt das eine, so muß jedenfalls das andere vorhanden sein. Wenn also keine aufschiebende Wirkung der Klage vorgesehen ist, ... muß das Gericht über die Möglichkeit verfügen, mit einstweiligen Regelungen einzugreifen. Sehen Verfahrensordnungen derartige Möglichkeiten nicht vor, so entsprechen sie nicht der Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG."

effektes in diesen nicht vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig sind¹⁾.

Im übrigen muß jedoch festgehalten werden: Der Gesetzgeber hat es für erforderlich gehalten, in § 63 Abs. 2 Satz 1 GWB eine ausdrückliche Regelung für eine einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichtes im Rahmen der aufschiebenden Wirkung zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gegen eine einstweilige Anordnung der Kartellbehörde aufzunehmen. Der Gesetzgeber hat damit trotz der damals bereits gleichzeitig im Entwurf vorliegenden Verwaltungsgerichtsordnung, die in § 80 Vorschriften über die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes enthält, im GWB eine Sonderregelung für einstweilige Anordnungen im Rahmen der aufschiebenden Wirkung getroffen. Diese gesetzliche

- 1) So im Ergebnis auch Schottelius, aaO S. 1240. Neuerdings hat sich auch der BFmH (Beschluß vom 2.9.1965 - VII B 23/65 = NJW 1965, S. 1682 (1684)) mit der Zulässigkeit eAOen in der Finanzgerichtsbarkeit zur Untersagung der Vollziehung eines Steuerbescheides durch ein Finanzgericht befaßt und dabei ausgeführt, daß es jedenfalls dem in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz genüge, wenn im Einzelfall gesetzlich die Möglichkeit für das Gericht besteht, den Eintritt des Suspensiveffektes anzuordnen (so in § 51 Abs. 2 VGG, MRVO 165).

Darauf, daß auch die eAO nach § 32 BVerfGG der Vollzugsaussetzung dient, hatte bereits Fromm, aaO S. 613, insbesondere Anm. 17 a, hingewiesen.

Die verfassungskonforme Auslegung und Ergänzung der Gesetze steht an sich primär dem Verfassungsrichter zu, vgl. Imboden, S. 12: "Unter Berufung auf letzte Wertsetzungen erhält der Verfassungsrichter die Freiheit, das festgefügte Netz des Gesetzes zu erweitern oder durch neue Differenzierungen zu verfeinern ... In oberster Instanz soll das Gesetz im höheren Anliegen des Rechtes kritisch geprüft werden und, wo es notwendig wird, neu geprägt werden."

Zur Frage der verfassungskonformen Auslegung vgl. ferner die nachfolgenden Ausführungen des Verfassers zur Zulässigkeit der sofortigen Anrufung des OLG gegen eine erstinstanzliche eAO des BKartA contra legem. Diese Frage soll hier jedoch, da sie bisher nur von Zweigert aufgeworfen wurde und auch in Zukunft keine wesentliche Bedeutung haben dürfte, da es sich bei den in § 63 Abs. 1 GWB nicht aufgeführten Verfahren um solche von geringerer Bedeutung handelt, nicht weiter vertieft werden.

Regelung des GWB muß, wie vorstehend ausgeführt, im Wege verfassungskonformer Auslegung lediglich dahingehend korrigiert werden, daß nach § 63 Abs. 3 GWB auch Anordnungen des Beschwerdegerichtes über den Eintritt des Suspensiveffektes in den nicht vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Fällen getroffen werden können. Abgesehen davon ist jedoch eine Korrektur nicht erforderlich, sondern es kann und muß bei der gesetzlichen Regelung verbleiben, wonach außer nach § 63 Abs. 2 Satz 1 GWB einstweilige Anordnungen im Rahmen der aufschiebenden Wirkung nicht zulässig sind. Aus diesem Grunde ist daher die in Verwaltungspraxis und Literatur vertretene Ansicht, daß nach § 56 GWB auch die sofortige Vollziehung der Hauptentscheidung angeordnet werden kann, abzulehnen¹⁾.

Diese Auslegung des Anwendungsbereiches des § 56 GWB dürfte auch am ehesten dem Sinn und Zweck des Gesetzes bzw. der sog. Natur der Sache²⁾ entsprechen. Grundlage

- 1) Gegen diese Ansicht sprechen auch nicht die Ausführungen von Quaritsch, VerwArch. 1960, Heft 3 S.221, über das Verhältnis von Vollzugsaussetzung zur eAO, auf die von Köhler, NJW 1961, S. 154, seine Ansicht gestützt hatte, "daß die Entscheidung über den Suspensiveffekt ein Unterfall der eAO sei, der nur in manchen Gesetzen selbständig geregelt ist". Die grundlegenden Ausführungen von Quaritsch betreffen vielmehr lediglich die Erörterung der Frage, ob die Gerichte die Vollziehung eines Verwaltungsaktes durch eAO aussetzen können, was er bejaht ("...daß die Vollzugsaussetzung in der eAO begrifflich enthalten ist, zwischen beiden das Verhältnis des besonderen zum allgemeinen Rechtsinstitut besteht und aus diesem Grunde die Vollzugsaussetzung vorgeht").
- 2) Zur Natur der Sache vgl. Dernburg, S. 87: "Aus der Natur der Sache haben wir das Rechtssystem zu ergänzen. Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgreifen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist." Zur Entstehung dieses Begriffes vgl. Radbruch in Festschrift für von Laun, S. 157. Danach ist die Natur der Sache "die Losung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert zu mildern bemüht sind, welche die Verunft in den Dingen suchen..." S.62: "Sie ist ein Mittel zur Auslegung und Lückenausfüllung, soweit der von ihr ermittelte Sinn des Lebensverhältnisses und die Idee, auf die er sich gründet, mit dem Geist des Gesetzes nicht in Widerspruch steht."

der Rechtsfindung in Kartellverfahren sind verwickelte volkswirtschaftliche und betriebswirtschaftliche Tatbestände¹⁾. Infolgedessen muß in Kartellverfahren im allgemeinen mit einer längeren Verfahrensdauer und einer erheblichen Ungewißheit über den endgültigen Ausgang des Verfahrens gerechnet werden²⁾. Andererseits kann jedoch jede vor Abschluß des Verfahrens vorgenommene einstweilige Regelung in ihren praktischen Auswirkungen das Ergebnis der Hauptentscheidung schon ganz oder teilweise vorwegnehmen, da sich der Markt bis zum Abschluß des Verfahrens bereits auf den durch die einstweilige Regelung geschaffenen Zustand eingestellt haben kann³⁾, so daß insbesondere in Mißbrauchsverfahren ein dadurch eingetretener Schaden im Falle einer späteren Aufhebung der einstweiligen Anordnung durch eine entgegenstehende Hauptentscheidung irreparabel sein kann⁴⁾. Aus diesem Grunde muß, sofern in Mißbrauchsverfahren

- 1) Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfes für die durch das GWB vorgenommene Übertragung des Rechtsschutzes in Kartellsachen - abweichend von der allgemeinen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Rechtsmittel gegen Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde - auf die Justizgerichte, Bundestagsdrucksache 1158, Anlg. I. Abschnitt A: Allgemeiner Überblick über Aufbau und Zweck des Gesetzes, abgedruckt im GemKomm., 1. Aufl., S. 1063 ff, hier S. 1072 Ziff. 3 lit a.
- 2) Diese Gesichtspunkte sind allerdings nach Ansicht des KG im Falle Rechtsselbstische Zementpreise III, das sich mit den gleichen Ausführungen des Verfassers in seinem Voraufsatz auseinandersetzt, nicht so schwerwiegend, um die Unzulässigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung in Kartellverfahren zu begründen.
- 3) Keune, aaO, S. 95, spricht von einer "Fiktion der Rechtswidrigkeit" durch eine einstweilige Anordnung.
- 4) Der früher hinsichtlich eines Eingriffs der öffentlichen Hand und seiner Folgen gültige Grundsatz "Dulde und liquidiere" dürfte heute schon im Hinblick auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als solcher abzulehnen sein. Hinzu kommt, daß - wie im folgenden unter § 2 ausgeführt wird - der durch eine einstweilige Anordnung Betroffene hinsichtlich etwaiger Schadensersatzansprüche auf die Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Kartellbehörde beschränkt ist und hierbei lediglich die Beseitigung des unmittelbaren Schadens verlangen kann. Infolgedessen läßt daher, wie schon Weyreuther (DVBl 1964, S. 901) allgemein bemerkt hat, die Amtshaftung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung manches zu wünschen übrig.

eine vorläufige Regelung erforderlich ist, von der Kartellbehörde das Mittel gewählt werden, durch das der Adressat der Mißbrauchsverfügung am wenigsten beschwert wird, sofern der mit der einstweiligen Anordnung verfolgte Zweck damit noch erreicht werden kann¹⁾. Diesen Grundsätzen widerspricht die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung, da durch diese die Hauptentscheidung hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkungen bereits in vollem Umfange in die Praxis umgesetzt wird, während nach dem hier vertretenen Anwendungsbereich des § 56 GWB die praktischen Auswirkungen einer einstweiligen Anordnung sich zumindest auf einen Teil derjenigen der Hauptentscheidung beschränken können. Mit anderen Worten: Während durch die hier vertretene Handhabung der einstweiligen Anordnung in Kartellverfahren versucht werden soll, nach Möglichkeit solche praktischen Auswirkungen der einstweiligen Anordnung, die denen der späteren Hauptentscheidung gleichkommen, zu vermeiden, liegen diese bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung bereits in der Natur einer solchen Anordnung.

Nachdem mit diesen Ausführungen die hier vertretene Auffassung des Anwendungsbereiches des § 56 GWB gegenüber der extensiven Auslegung abgegrenzt werden sollte, ist

- 1) So im Ergebnis auch Schottelius, aaO, S. 1241; vgl. hierzu auch Quaritsch, aaO, S. 215: "Der einstweiligen Anordnung fehlt das Merkmal abschließender endgültiger Entscheidung. ..." Wie die genaue Durchsicht der bisherigen Verwaltungspraxis des BKartA zeigt, hat auch das BKartA, außer im Falle Melitta, in dem die sofortige Vollziehung der Hauptentscheidung durch die Einspruchsabteilung angeordnet wurde, bisher die eAO in Mißbrauchsverfahren lediglich in dem hier vertretenen Sinne (s. unten § 2) gehandhabt, d.h. zum Zwecke der Untersuchung einer in der eAO näher gekennzeichneten Handhabung der betroffenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung. Diese Frage ist letztlich auch eine Frage der Verhältnismäßigkeit des von der Kartellbehörde anzuwendenden Mittels, hinsichtlich der auf die einschlägige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, insbesondere im Polizeirecht, zurückgegriffen werden kann. Wie Lerche im Rahmen seiner Lehre vom Übermaßverbot ausgeführt hat, ist bereits der Gesetzgeber an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit gebunden (insbesondere S.223 ff). Angesichts der im GG vorhandenen Statuierung der Nichtentscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsverfassung folge aus der einengenden Funktion des Übermaßverbotes, daß einer vom Gesetzgeber zu verwirklichenden Wirtschaftsverfassung die Anerkennung als selbständiges verfassungsrechtliches Rechtsgut versagt werden müsse (S.227).

ebenso ein Wort der Verteidigung gegenüber der restriktiven Auslegung erforderlich. Dieser gegenüber ist zwar zuzugeben, daß auch mit der hier vertretenen Auffassung im Einzelfalle das Ergebnis der Hauptentscheidung hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkungen ganz oder teilweise vorweggenommen werden kann. Diese damit bereits bei einer einstweiligen Anordnung im Kartellverfahren als einer vorläufigen Maßnahme eintretenden praktischen Auswirkungen stellen jedoch keine nur bei dieser auftretende Besonderheit dar, sondern sind, wie Baur in seinen grundlegenden Ausführungen über "Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich"¹⁾ ausgeführt hat, eine neuerdings bei allen einstweiligen Regelungen zu beobachtende Erscheinung. Wie Baur festgestellt hat, dient heute auch die einstweilige Verfügung häufig nicht mehr der einstweiligen Sicherung des Anspruchs, wofür sie an sich geschaffen wurde, sondern bereits seiner ganzen oder teilweisen Befriedigung. Ein Hauptprozeß werde daher häufig nicht mehr durchgeführt, sondern als unnötig, als "Schuß über das Grab" empfunden²⁾. Die einstweilige Verfügung habe sich damit völlig neue Anwendungsbereiche erobert. Wie Baur bemerkt, werden damit nicht nur durch einstweilige Verfügungen in Unterhaltsprozessen, deren Rechtsgrundlage als eine "Rechtsschöpfung der Gerichte auf dem Gebiet des Verfahrensrechtes in Anlehnung an § 940 ZPO" anzusehen sei, sondern z.B. auch in Wettbewerbs-

1) BB 1964, S. 607.

2) Baur führt in diesem Zusammenhang das eVfg.-Verfahren VW-Werk ././ DM an, das insbesondere hinsichtlich der Art seiner Durchführung als auch im Ergebnis bereits das Hauptverfahren und die darin ergangene Entscheidung vorweggenommen habe.

prozessen¹⁾ u.U. irreparable Verhältnisse geschaffen. Insbesondere der in Unterhaltssachen im Hauptprozeß obsiegende Antragsgegner eines Einstweiligenverfügungsverfahrens laufe regelmäßig Gefahr, die auf Grund der einstweiligen Verfügung gezahlten Beträge nicht wieder hereinzubekommen.

D. Exkurs

In diesem Zusammenhang sei noch auf folgendes hingewiesen:

1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann in Kartellverfahren auch nicht auf § 80 VwGO gestützt werden

Wie eingangs ausgeführt wurde, wird die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach ständiger Verwaltungspraxis der Einspruchsabteilung des Bundeskartellamtes auf § 56 GWB und § 80 VwGO gestützt; das Kammergericht hat darüber hinaus auch eine ausschließliche Anwendung von § 80 VwGO für zulässig gehalten (Rechtselbische Zementpreise III). § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO gibt zwar der allgemeinen Verwaltung die Möglichkeit, unter den dort genannten Voraussetzungen einen Verwaltungsakt für sofort vollziehbar zu erklären, bei dem bei Einlegung

- 1) Ebenso die bisherige Praxis der Finanzgerichte, die z.B. durch eine eAO einen durch die Finanzverwaltung zurückgewiesenen Bewerber zur Steuerberaterprüfung zugelassen haben. Diese Praxis ist durch § 114 der am 1.1.1966 in Kraft getretenen Finanzgerichtsordnung sanktioniert worden, in der erstmalig ausdrücklich die eAO für den Bereich der Finanzgerichtsbarkeit gesetzlich zugelassen worden ist. Vgl. hierzu Ziemer, BB 1965, S. 957 /9627.
Dagegen hatte der BFinH bisher die Zulässigkeit eAOen der Finanzgerichte verneint (Beschuß vom 9.2.1965 - VII B 23/65 -, abgedruckt in NJW 1965, S. 1682, mit ablehnender Anmerkung von Hauelsen. Hauelsen weist darauf hin, daß auch in den Verfahrensordnungen der Sozialgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit zwar der Erlaß von eAOen nicht geregelt sei. Dennoch werde die Auffassung, daß außerhalb der ZPO und der VwGO eAOen unzulässig seien, im Schrifttum lebhaft bekämpft.). Im Beschluß vom 20.7.1965 - VII B 100/65 U - = BB 1965, S. 795, hat der BFinH hingegen lediglich die Zulässigkeit eigener eAOen verneint, da deren Erlaß eine sachliche Prüfung voraussetze, zu der der BFinH als Revisionsinstanz nicht berechtigt sei.

eines Rechtsbehelfs die aufschiebende Wirkung eintritt¹⁾. Die Regelung des § 80 VwGO paßt jedoch nicht für den Bereich des GWB. Das GWB weicht nämlich gerade dadurch von der allgemeinen Regelung des Verwaltungsstreitverfahrens ab, daß im Gegensatz zu § 80 Abs. 1 VwGO die Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat. § 56 in Verbindung mit § 63 GWB dürfte daher schon deswegen, obwohl beide Gesetze zur gleichen Zeit im Entwurf vorlagen und das GWB noch vor der Verwaltungsgerichtsordnung in Kraft getreten ist (1. Januar 1958 gegenüber 1. April 1960), gegenüber § 80 VwGO als *lex specialis* anzusehen sein²⁾.

- 1) Eyermann-Fröhler, Kommentar zur VwGO, § 80 Anm. 32, ferner Jung, NJW 1961, S. 160: "Daraus folgt, daß grundsätzlich jeder Verwaltungsakt für sofort vollziehbar erklärt werden kann, für den bei Einlegung eines Rechtsbehelfs die aufschiebende Wirkung eintritt." Ebenso Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, S. 499. An anderer Stelle (S. 485) fordert Forsthoff zwar noch eine besondere Ermächtigung der jeweiligen Verwaltungsbehörde in dem Gesetz, zu dessen Ausführung sie berufen ist, z.B. § 53 PrPVG; diese Stelle scheint jedoch noch nicht nach Inkrafttreten der VwGO überarbeitet worden zu sein.
- 2) Ebenso Kull, JZ 1961, S. 685, der der Ansicht ist, daß die §§ 62 bis 80 GWB *leges speciales* im Verhältnis zur VwGO mit der Folge seien, daß die VwGO nur dann anwendbar sei, soweit das GWB nicht ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen hat. Der Rückgriff auf die VwGO zur Präzisierung eines von dort entlehnten Instituts komme überhaupt nur in Betracht, soweit das GWB das Vorbild nicht ausdrücklich modifiziert hat. Selbst dann aber sei die Regelung des Modells nur ein Fingerzeig für eine mögliche Lösung (S. 686). Redeker-von Oertzen, § 80 Anm. 16, halten die Anordnung der sofortigen Vollziehung dann für unzulässig, wenn Einzelgesetze Sonderregelungen für vorläufige Maßnahmen enthalten (so z.B. § 20 Personenbeförderungsgesetz, § 19 a GewO), unter Bezugnahme auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des OVG Münster vom 9.7.1964. Auch Schack, in Festschrift für Laun, S. 283, weist darauf hin, daß es deutschem Rechtsdenken entspricht, sich an die bestehende Norm zu halten.
Eine ausdrückliche Regelung des Verhältnisses der Vorschriften eines einzelnen Verwaltungsgesetzes zur VwGO enthält z.B. das Wehrpflichtgesetz, das in § 32 bestimmt, daß die VwGO für Rechtsstreitigkeiten nur nach Maßgabe der §§ 33 - 35 des WehrPflG gilt, vgl. auch Beschluß des VG Arnsberg vom 29.9.1964 = NJW 1965, S. 126, mit einer Anm. von Au, NJW 1965, S. 708.

Hinzu kommt aber vor allem, daß die - neben der zivilrechtlichen Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses - als weitere Folge einer Verfügung der Kartellbehörde in Mißbrauchsverfahren eintretende Ordnungswidrigkeit bei Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung (vgl. unten) zumindest mittels einer ausschließlich auf § 80 VwGO gestützten Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht erreicht werden kann, weil insoweit in § 38 Abs. 1 GWB nur unanfechtbar gewordene Verfügungen der Kartellbehörde oder auf § 56 gestützte einstweilige Anordnungen aufgeführt sind. Im Hinblick auf das Verbot einer extensiven Auslegung einer Vorschrift im Strafrecht dürfte daher § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO für den Bereich des GWB auch als *lex imperfecta* anzusehen sein.

2. Auch in Verfahren nach §§ 17 und 18 GWB kann die Kartellbehörde nicht ausnahmsweise die sofortige Wirksamkeit ihrer Hauptentscheidung anordnen

Auch der Wortlaut der §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 GWB, wonach die Kartellbehörde eine Preisbindung oder eine Ausschließlichkeitsbindung "mit sofortiger Wirkung" für unwirksam erklären kann, berechtigt nicht zu der Annahme, daß die Kartellbehörde im Gegensatz zu den vorstehenden Ausführungen ausnahmsweise in diesen beiden Verfahrensarten die sofortige Wirksamkeit der Hauptentscheidung - unabhängig von § 56 GWB - unmittelbar nach diesen Vorschriften anordnen kann¹⁾. Denn beide Verfahrensarten sind in § 63 Abs. 1 GWB mitaufgeführt, so daß auch im Falle einer Entscheidung der Kartellbehörden in diesen Verfahrensarten "mit sofortiger Wirkung" der Einlegung eines Rechtsmittels nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers aufschiebende Wirkung zukommt. Daß die Kartellbehörde in beiden Ver-

1) Ebenso Becher, NJW 1965, S. 617.

fahrensarten ihre Entscheidung "mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt" treffen kann, bedeutet vielmehr lediglich, daß sie hier abweichend von dem allgemeinen Grundsatz, daß belastende Verwaltungsakte einer Verwaltungsbehörde sofort wirksam sind und ihre Wirksamkeit erst durch Einlegung eines Rechtsmittels gehemmt wird, den Zeitpunkt der Wirksamkeit ihrer Entscheidung nach eigenem Ermessen bestimmen kann¹⁾. Die Kartellbehörde kann damit insbesondere den betroffenen preisbindenden Unternehmen die Möglichkeit geben, sich innerhalb einer bestimmten Übergangsfrist auf die durch die Aufhebung der Preisbindung geschaffene Lage einzustellen und gegebenenfalls vorhandene Bestände an Verpackungen mit dem alten Preisaufdruck aufzubrauchen, sofern der Mißbrauch nicht so schwerwiegend ist, daß eine sofortige Abstellung erforderlich ist.

§ 2 Inhalt und Folgen einer einstweiligen Anordnung

A. während der Dauer der einstweiligen Anordnung

- a) Die einstweilige Anordnung als vorläufige Erlaubnis der Praktizierung oder als öffentlich-rechtliches Verbot der Handhabung eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrages ist ohne Einfluß auf das zugrunde liegende privatrechtliche Verhältnis

Die einstweilige Anordnung des § 56 GWB ist nach der zuvor gefundenen Abgrenzung ein zeitlich und inhaltlich begrenztes Rechtsinstitut²⁾, mit dem außerhalb der Hauptentscheidung durch einen weiteren selbständigen Verwaltungsakt eine vorläufige Entscheidung getroffen werden kann. Sie stellt notwendigerweise ein Minus

1) So auch von Köhler, NJW 1961, S. 154.

2) Ähnlich Baur, BB 1964, S. 608, für die einstweilige Verfügung, wobei er interessante Beispiele für den Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (so z.B. im Prozeß VW-Werk ././ DM) gibt.

gegenüber der Hauptentscheidung dar, mit dem insbesondere ein rein tatsächliches Verhalten für die Dauer des Verfahrens bis zum Erlaß der Hauptentscheidung oder bis zu ihrer Unanfechtbarkeit angeordnet oder erlaubt wird.

Einstweilige Anordnungen können sowohl in Erlaubnis- als auch in Mißbrauchsverfahren erlassen werden. In Erlaubnisverfahren sind es unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs erlassene Verwaltungsakte, mit denen den Antragstellern in einem beschränkten Umfange die vorzeitige Praktizierung des wettbewerbsbeschränkenden Vertrages erlaubt wird. In Mißbrauchsverfahren stellen sie hingegen ein öffentlich-rechtliches Verbot dar, durch das z.B. untersagt wird, bis zur Unanfechtbarkeit der Hauptentscheidung Rechte aus einem Kartellvertrag herzuleiten oder ein Preisbindungssystem anzuwenden¹⁾.

Dieser Unterschied zwischen Inhalt und Bedeutung von Hauptentscheidung und einstweiliger Anordnung ist, wie am Beispiel einer einstweiligen Anordnung in Mißbrauchsverfahren nach § 17 GWB gezeigt werden soll, nicht nur akademisch. Auch die einstweilige Anordnung ist zwar wie jede Verfügung der Kartellbehörde ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt²⁾, ihr kommen indessen nicht die gleichen zivilrechtlichen Auswirkungen wie der unanfechtbaren Hauptentscheidung zu. Während nämlich die Hauptentscheidung den Bestand der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung selbst angreift und bei Unanfechtbarkeit zur endgültigen Unwirksamkeit³⁾ des Preisbin-

1) Junge in der 2. Aufl. des GemKomm., § 56 Abs. 3; Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., § 63 Anm. 4. Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem betroffenen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag wird das Rechtsschutzinteresse fehlen, vgl. Bartholomeyczik in der 2. Aufl. des GemKomm. im Rahmen seiner Erläuterungen zu § 22, Anm. 112.

2) Vgl. hierzu Huber, S. 72 ff, insbesondere S. 75, und Scheuner, VVDStI Heft 11, S. 30.

3) Zur rechtlichen Tragweite des Begriffs der Unwirksamkeit in Kartellverfahren vgl. Hirsch, aaO, S. 34.

dungssysteme mit der Folge führt, daß die zugrunde liegenden Verträge neu abgeschlossen werden müssen, hat die einstweilige Anordnung noch keine Folgen für die zivilrechtliche Wirksamkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, und zwar auch nicht im Sinne einer schwebenden Unwirksamkeit. Mit ihr wird vielmehr lediglich deren Handhabung untersagt¹⁾. Wird die einstweilige Anordnung wieder aufgehoben, kann die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ohne weiteres, d.h. ohne Erfordernis eines Neuabschlusses, wieder praktiziert werden²⁾.

b) Schadensersatz bei Zuwiderhandlung gegen eine einstweilige Anordnung

Da die einstweilige Anordnung eine auf Grund einer Vorschrift des GWB von der Kartellbehörde oder vom Beschwerdegericht erlassene Verfügung oder einen Beschluß darstellt, ist derjenige, der ihr zuwiderhandelt, demjenigen, zu dessen Schutz die einstweilige Anordnung erlassen wurde, gemäß § 35 GWB zum Schadensersatz verpflichtet³⁾. Voraussetzung ist demnach vor allem, daß die einstweilige Anordnung nicht nur im

1) Darauf, daß diese Auslegung des Anwendungsbereiches des § 56 in Mißbrauchsverfahren im Ergebnis der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung nahekommt, hat bereits Schottelius, aaO, S. 1241, Ziff. 5, hingewiesen. Gleiche Bedenken gegen die hier vertretene Lösung äußert auch Keune, aaO, S. 96: "Denn gemessen an den Auswirkungen besteht kein Unterschied darin, ob eine Rechtsnorm vorläufig mit faktisch endgültiger Wirkung außer Vollzug gesetzt wird oder ob ein weit verzweigtes Vertragssystem dieses Schicksal erleidet."

2) Wie von Köhler, NJW 1961, S. 154, mit Recht darauf hinweist, handelt es sich um nichts anderes als um einen Wechsel von Wirksamkeit und Unwirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Maßnahme der Kartellbehörde.

Nach Scheuner, aaO, S. 30, bleibt bei Fehlgreifen und Unwirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Einwirkung das zugrunde liegende Privatrecht unberührt.

3) Ebenso Müller-Gries, § 56, Anm. 1; Langen, 3. Aufl., § 56, Erläuterungen II.

öffentlichen Interesse, sondern auch im überwiegenden Interesse eines Beteiligten ergangen ist¹⁾.

c) Zuwiderhandlung gegen eine einstweilige
Anordnung als Ordnungswidrigkeit

Eine Zuwiderhandlung gegen eine einstweilige Anordnung kann eine Ordnungswidrigkeit darstellen, wenn bei ihrem Erlass ausdrücklich auf die Bußgeldbestimmungen des GWB hingewiesen worden ist (§ 38 Abs. 1 Ziff. 5 GWB). Die einstweiligen Anordnungen nach dem GWB sind damit im Gegensatz zu den unter der Geltung der Kartellverordnung von 1923 entwickelten einstweiligen Anordnungen²⁾, soweit sie auf § 56 GWB gestützt sind³⁾, auch praktisch durchsetzbar.

B. nach Aufhebung der einstweiligen Anordnung
durch eine entgegenstehende Hauptentscheidung

a) Ansprüche gegen den durch die einstweilige
Anordnung Begünstigten

Im Falle der Übernahme der Rechtsgrundsätze des § 123 VwGO entsprechend der Verwaltungspraxis der Einspruchsabteilung ist nach § 123 Abs. 3 VwGO u.a. auch § 945 ZPO anzuwenden. § 945 ZPO, der dem § 717 Abs. 2 ZPO für den Fall eines für vorläufig vollstreckbaren Zivilurteils entspricht, sieht volle Schadensersatzpflicht der Partei vor, die die einstweilige Verfügung erwirkt hat⁴⁾. Gegen eine Übernahme dieser Regelung bestehen

-
- 1) Vgl. unten bei der Darstellung der Voraussetzungen einer eAO.
 - 2) Vgl. Ziff. 1 der Begründung des Regierungsentwurfs zum damaligen § 47, aaO.
 - 3) Vgl. die vorstehenden Ausführungen zur Frage der Durchsetzung einer auf § 80 VwGO gestützten eAO.
 - 4) Wegen der Voraussetzungen und des Umfanges dieses Schadensersatzanspruches vgl. Rambeck, NJW 1961, S. 1337.

jedoch nicht nur auf Grund der nachstehend näher erläuterten Eigenständigkeit des Instituts der einstweiligen Anordnung nach § 56 GWB Bedenken, sondern auch deswegen, weil - abgesehen von der im Verwaltungsverfahren im Gegensatz zur ZPO ohnehin herrschenden Offizialmaxime - das GWB anders als andere Verwaltungsgesetze zumindest nicht nur den Individualschutz, sondern auch den Schutz des Wettbewerbs als Institution zum Gegenstand hat¹⁾ und daher regelmäßig einstweilige Anordnungen nicht nur auf Anregung und im Interesse eines Beteiligten erlassen werden. Aus diesem Grunde dürfte daher eine Haftung des zunächst durch eine einstweilige Anordnung Begünstigten gegenüber dem durch die einstweilige Anordnung Belasteten, sofern nicht besondere Umstände gegeben sind²⁾, abzu-

-
- 1) Vgl. Klaue, WuW 1960, S. 391, Ziff. 4 c: "Das Schwergewicht der Arbeit der Kartellbehörde liegt darin, zu prüfen, inwieweit allgemeine volkswirtschaftliche Belange zu einem Eingreifen nach Ermessensgrundsätzen nötigen ..."
 - 2) Ein solcher Fall war bereits Gegenstand eines Rechtsstreites. Rechtsgrundlage für diesen Rechtsstreit waren nicht § 945 ZPO, sondern allgemeine zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen, insbesondere aus Kreditschädigung. Es handelte sich hierbei um einen Folgeprozeß zu der Entscheidung der Einspruchsabteilung im Falle des Rabattkartells der Linoleumhersteller, in dem die Einspruchsabteilung aus den oben geschilderten Gründen den Kartellvertrag für unwirksam erklärt und darüber hinaus im Wege einer einstweiligen Anordnung die weitere Anwendung des Kartellvertrages untersagt hatte. Weil zusätzlich zu der vom Bundeskartellamt hierüber veröffentlichten Presseinformation auch der Beigeladene, auf dessen "Einspruch" hin die Entscheidung ergangen war, eine Pressenotiz unter der Überschrift "Kartell der Linoleumhersteller unwirksam" herausgegeben hatte, hat das Kartell nach Aufhebung des Beschlusses der Einspruchsabteilung durch das KG den Beigeladenen wegen der Pressenotiz auf Schadensersatz in Anspruch genommen.
Die Klage ist jedoch im Hinblick auf die gleichzeitig vom BKartA erfolgte Bekanntmachung durch Urteil des OLG Stuttgart - 4 U 8/64 - "Pressenotiz" vom 1. April 1964 = WuW/E OLG 673 abgewiesen worden.

lehnen sein¹⁾.

b) Ansprüche gegen die Kartellbehörde

Aus den oben erörterten Gründen für eine Ablehnung einer Schadensersatzverpflichtung des durch die einstweilige Anordnung zunächst Begünstigten dürfte daher eher eine Haftung der Kartellbehörde in Betracht kommen, wenn eine einstweilige Anordnung im Rechtsmittelverfahren wieder aufgehoben wird²⁾.

Es kann sich hierbei insbesondere um den sog. Folgenbeseitigungsanspruch handeln, der neuerdings in § 113 Abs. 3 VwGO anerkannt worden ist, wenngleich sein Umfang bisher nicht gesetzlich geregelt ist³⁾. Hiernach könnte nicht nur die Aufhebung der einstweiligen Anordnung, sondern auch eine Beseitigung des unmittelbaren Schadens (etwa ähnlich dem negativen Interesse des § 307 BGB) verlangt werden; ein Ersatz des positiven Interesses (entgangener Gewinn) käme dagegen

1) In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß der BGH selbst für die Fälle einer Nachbarschaftsklage im Baurecht, in denen ein Nachbar nach § 123 VwGO eine eAO beim Verwaltungsgericht erwirkt hatte, durch die der beklagten Behörde aufgegeben wurde, einen Bauherrn bis zur Entscheidung in der Hauptsache an einer weiteren Fortsetzung seines Bauvorhabens zu hindern, eine Schadensersatzpflicht des klagenden Nachbarn im Sinne des durch § 123 Abs. 3 VwGO ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärten § 945 ZPO abgelehnt hat, Urteil vom 7.11. 1961 = DVBl 1962, S. 217.

Ein argumentum e contrario gibt auch das GWB selbst, das Schadensersatzansprüche des Betroffenen gegen den durch eine einstweilige Anordnung Begünstigten nur in § 64 (Fall der Anordnung der vorzeitigen Verwertung einer Sicherheit nach § 14) vorgesehen hat.

2) Becher, aaO, S. 619, geht bei seiner Darstellung von der Möglichkeit einer Schadensersatzklage gegen die Kartellbehörde im Falle ihres Unterliegens in der Hauptsache aus. A.A. offensichtlich der Wirtschaftspolitische Ausschuß in seinem Bericht zum damaligen § 50, wonach "an eine Schadensersatzpflicht bei Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nicht zu denken ist"; ebenso Müller-Gries, § 63, Anm. 1.

3) Vgl. hierzu die Nachweise bei Klinger, § 80 F.

wohl nicht in Betracht. Derartige Ansprüche könnten, wie der im Rahmen der Darstellung der Entscheidungspraxis erwähnte Fall "Rechtsselbische Zementpreise" zeigt¹⁾, in dem einem Überläuferkartell vom Bundeskartellamt im Wege einer einstweiligen Anordnung eine bestimmte niedrigere Preisstellung vorgeschrieben worden war, beträchtlich sein.

Dagegen dürfte ein Anspruch aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) ausscheiden. Sofern es sich bei den Verfügungen der Kartellbehörde um Urteile im Sinne von § 839 Abs. 2 BGB handelt, was allerdings nicht anzunehmen ist, da Urteile im Sinne dieser Bestimmung nur richterliche Entscheidungen sind²⁾, dürfte eine Haftung nach § 839 BGB schon deswegen entfallen, weil der Fall einer Pflichtverletzung der Kartellbehörde, die mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist, nicht praktisch werden dürfte. Aber auch dann, wenn die Entscheidungen der Kartellbehörde keine Urteile im Sinne dieser Bestimmung sind, dürfte der Nachweis eines Ermessensfehlers bei den Kollegialentscheidungen des Bundeskartellamtes kaum zu führen sein³⁾. Abgesehen davon wäre noch nachzuweisen, daß der Geschädigte vergeblich versucht hat, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB).

-
- 1) Die in diesem Verfahren vom BKartA erlassenen Entscheidungen waren im nachfolgenden Beschwerdeverfahren wegen unrichtiger Feststellungen über den zur Beseitigung der Diskriminierung der Abnehmer erforderlichen Marktpreis teilweise aufgehoben worden, womit auch die rechtliche Grundlage für die getroffene einstweilige Anordnung entfiel.
 - 2) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Palandt, § 839, Anm. 8, lit. b.
 - 3) Amtspflichtverletzung liegt bei abgewogener Verwaltungsentscheidung nicht vor, vgl. Palandt, aaO, Anm. 4 c.

§ 3 Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung

A. Die einstweilige Anordnung ist ein Verwaltungsakt

Das Kartellverwaltungsverfahren ist als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechtes öffentliches Recht¹⁾. Die im Rahmen dieses Verfahrens von der Kartellbehörde erlassenen Entscheidungen sind echte Verwaltungsakte²⁾; dies gilt insbesondere auch für die hier behandelten einstweiligen Anordnungen³⁾. Von Köhler⁴⁾ weist daher mit Recht darauf hin, daß damit das GWB der Kartellbehörde die Befugnis gegeben hat, nacheinander zwei Verwaltungsakte in derselben Sache zu erlassen.

B. Die Eigenständigkeit der einstweiligen Anordnung nach § 56 GWB

Das Kartellverfahren ist jedoch, wie allgemein hervorgehoben wird⁵⁾, kein typisches Verwaltungsverfahren, insbesondere deswegen, weil Rechtsstreitigkeiten über Entscheidungen der Kartellbehörde nicht den Verwaltungsgerichten, sondern den ordentlichen Zivilgerichten

1) von Köhler, in VerwArch. Band 54, S. 262.

2) KG - 5 Kart V/60 "Steinzeug" vom 24.6.1960 = WuW/E OIG 347 unter Berufung auf Zweigert in der 1. Aufl. des GemKomm., Vorbem. 2 zu §§ 62 bis 75, und Ule, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. § 40 zu IV, S. 81. Ebenso auch Zweigert in der 2. Aufl., aaO.

3) Müller-Gries, § 56 Anm. 1; von Köhler, aaO, S. 279. Ebenso Zweigert in der 2. Aufl., aaO, für alle Verfügungen, die die Kartellbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf Grund des GWB gegenüber einem Unternehmen usw. erläßt, und zwar ohne Rücksicht auf die Bezeichnung dieser Entschließung im einzelnen. Vgl. ferner die Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 1158, Anlg. 1, Abschnitt C. Begründung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, hier zu § 47, abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm. S. 1113: "Auch die einstweilige Anordnung nach § 47 ist eine Entscheidung der Kartellbehörde."

4) aaO.

5) von Köhler, aaO; Schottelius, aaO. S. 1241.

zugewiesen sind. Ein solches Verfahren, das wie hier aus einem Verwaltungsverfahren in einen besonderen Zivilprozeß übergeht (oder in ein besonderes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit), dürfte am besten als "gebrochenes Verfahren" zu bezeichnen sein¹⁾. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß man es bei dem Verfahren in Kartellsachen mit zwei aufeinanderfolgenden, völlig verschiedenen Verfahrensarten zu tun hat. Aus diesem Grunde ist es sehr fraglich, ob die in anderen einheitlichen Verfahren geltenden Regelungen für das Kartellverfahren übernommen werden können, insbesondere soweit es sich um eine unveränderte Übernahme derartiger Regelungen für das Kartellverfahren handelt.

Es würde hier zu weit gehen, auf die Besonderheiten des Kartellverfahrens im einzelnen einzugehen. Von Bedeutung für die hier vorgenommene Untersuchung ist vielmehr lediglich, inwieweit sich aus dieser Besonderheit des Kartellverfahrens Rückschlüsse auf die Anwendung der Vorschriften anderer Gesetze in Kartellverfahren ergeben, und zwar insbesondere für die hier behandelte einstweilige Anordnung. Bereits in der Einleitung war darauf hingewiesen worden, daß die Regelung des § 56 GWB insofern unvollständig ist, als sie im Gegensatz zu den Vorschriften anderer Gesetze über sofortige Regelungsmöglichkeiten eines konkreten Sachverhaltes keinerlei Angaben insbesondere darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen einstweilige Anordnungen erlassen werden können²⁾. Aus diesem Grunde ist, wie die oben gegebene Darstellung der bisherigen Entscheidungspraxis und Literatur zeigt, mehrfach ver-

1) Zweigert (2. Aufl. des GemKomm. in der Überschrift des Abschn. III der Vorbemerkung zu §§ 62 - 75) bezeichnet dagegen das Rechtsschutzverfahren in Kartellsachen als "Sonderverwaltungsstreitverfahren".

2) Nach Staudinger, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Brändl, Einleitung 57, ist in einem solchen Falle der einer Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgedanke erforderlichenfalls durch Einschränkung oder Erweiterung des bloßen Wortsinnes zur Geltung zu bringen.

sucht worden, die Vorschriften anderer Gesetze über sofortige Regelungsmöglichkeiten zur Ausfüllung des § 56 heranzuziehen¹⁾.

Gegen diese Übernahme der Vorschriften anderer Gesetze zur Ausfüllung des § 56 GWB bestehen, wie der Verfasser bereits in seinem Voraufsatz ausgeführt hatte, erhebliche Bedenken. Es ist zwar gewiß richtig, daß allen diesen Vorschriften in den einzelnen Gesetzen gewisse Grundzüge eigen sind, die sich aus dem gemeinsamen Charakter sofortiger Regelungsmöglichkeiten ergeben²⁾, so insbesondere, daß sie nach bisheriger Auffassung nicht das Ergebnis der Hauptentscheidung vorwegnehmen sollen und nur in besonders begründeten Ausnahmefällen erlassen werden. Sobald jedoch entsprechend der Verwaltungspraxis der Einspruchsabteilung die in einem Einzelgesetz enthaltene Vorschrift über eine sofortige Regelungsmöglichkeit zur Interpretierung des § 56 GWB herangezogen wird, darf nicht übersehen werden, daß diese Vorschrift auf den Anwendungsbereich gerade dieses

1) Zur Gesetzesanalogie vgl. insbesondere Dernburg, S. 86: "Die Gesetzesanalogie geht aus von einem bestimmten einzelnen Gesetz. Sie wendet den in ihm liegenden Rechtssatz wegen Gleichheit des Grundsatzes auf nicht im Gesetz geregelte Fälle an ... Sie macht neues Recht wegen Gleichheit des Grundes."

2) Vgl. KG vom 12.12.1961, "Tobler": "Diese im Wesen übereinstimmende Regelung (der §§ 940 ZPO, 123 VwGO, 32 Abs. 1 BVerfGG und § 30 des aufgehobenen BVerwGG. Der Verfasser) für bürgerlich-rechtliche, verwaltungsrechtliche und verfassungsrechtliche Streitigkeiten läßt den allgemeinen Rechtsgedanken erkennen, daß für einstweilige Regelungen solcher Art, die getroffen werden sollen, bevor eine endgültige Entscheidung in der Hauptsache möglich ist, entsprechende Voraussetzungen zu fordern sind, also auch für einstweilige Anordnungen in Kartellverwaltungssachen."

Gesetzes zugeschnitten ist¹⁾. Hinzu kommt, daß gerade im Falle des § 56 GWB noch zu dem bereits erwähnten Charakter des Kartellverfahrens als eines atypischen Verwaltungsverfahrens Besonderheiten hinzutreten, die die einstweilige Anordnung des § 56 GWB als ein eigenständiges Institut kennzeichnen und damit von den sofortigen Regelungsmöglichkeiten anderer Gesetze unterscheiden²⁾.

Die einstweilige Anordnung ist im GWB im Rahmen des Abschnitts "Verfahren vor den Kartellbehörden" geregelt. Die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen ist damit primär den Kartellbehörden zuerkannt³⁾; ledig-

1) Vgl. hierzu Stratenwerth, S. 29: "Sachlogische Feststellungen lassen sich nicht ohne weiteres von einem Rechtsgebiet auf ein anderes übertragen ... Denn die für die einzelnen Rechtsgebiete maßgebenden Wertgesichtspunkte müssen sich zwar ... zu einer sinnvollen Gesamtordnung zusammenfügen, aber sie brauchen deshalb nicht miteinander identisch zu sein, und sie sind es auch nicht. Infolgedessen ist etwa dem Zivilrecht mit einer unvermittelten Übernahme der Ergebnisse, zu denen sachlogische Untersuchungen im Strafrecht führen, selbst bei scheinbar verwandten Problemen wenig gedient." Auch Emge weist in seinem Nachsatz, S. 53, Ziff. 2 lit. a, auf die Gefahr hin, die in der Aufstellung von Regeln "als Wiederkehr von Gleichem" liegen können. Es sei daher ein besonderes "Schlußverfahren" erforderlich: "Erst durch Einführung eines besonderen, das Verbindliche im letzten rechtfertigenden eigentümlichen Prinzips erweist sich das der Regel Entsprechende (ebenso ein Regulativ!) als belangvoll maßgeblich, d.h. Norm." Vgl. zu der Frage der Ausfüllung von Lücken des Verwaltungsrechtes insbesondere auch die grundlegenden Ausführungen von Schack, S.275 ff, insbesondere über die analoge Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, die nach seiner Ansicht nicht sehr groß sein kann (S. 284).

2) Ebenso Kull, JZ 1961, S. 682, und Fromm, BB 1965, S. 613. Von Köhler, NJW 1961, S. 153, spricht von einigen Anomalien, die eine analoge Anwendung anderer Verfahrensvorschriften im Kartellrecht nur bedingt möglich erscheinen lassen, und fährt dann fort: "Dies gilt in besonderem Maße für die einstweilige Anordnung, die in § 56 GWB geregelt ist ..."

3) Damit hat die Kartellbehörde beim Erlaß von eAOen in Kartellverfahren die seltene Befugnis, als Verwaltung "tam quam iudex" zu prozedieren. Vgl. zu diesem Begriff § 95 Abs. 1 des Reichsabschiedes von 1594, abgedruckt bei Bär, S. 121/122, wonach in diesen Fällen die Extrajudicial-Appellation zulässig war.

lich im Wege der eingangs dargelegten Verweisung ist auch den Rechtsmittelinstanzen die Befugnis eingeräumt worden, einstweilige Anordnungen zu erlassen.

Im Gegensatz dazu stehen die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO, die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, die der einstweiligen Verfügung der ZPO weitgehend nachgebildet ist, ferner die auch in anderen Gesetzen vorgesehenen Regelungsmöglichkeiten eines Sachverhaltes mit sofortiger Wirkung (§ 35 der VO über das Reichswirtschaftsgericht vom 21. Mai 1920, § 37 des Gesetzes über das Reichswirtschaftsgericht vom 25. Februar 1938, § 32 des BVerfGG vom 12. März 1951 sowie § 30 des inzwischen aufgehobenen BVerwGG vom 25. September 1959). In allen diesen Gesetzen steht die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen ausschließlich den Gerichten zu; will eine andere Verwaltungsbehörde als die Kartellbehörde bereits einen Sachverhalt mit sofortiger Wirkung regeln, kann sie daher lediglich den sofortigen Vollzug ihrer Hauptentscheidung anordnen (§ 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO). Infolge dieser unterschiedlichen Regelung für sofortige Regelungsmöglichkeiten der Verwaltung und der Gerichte ergeben sich insbesondere Bedenken gegen einen Rückgriff auf § 80 VwGO zur Interpretation des § 56 GWB¹⁾. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen § 56 GWB und der einstweiligen Anordnung oder Verfügung der VwGO oder der ZPO besteht darin, daß erstere grundsätzlich von Amts wegen ergeht²⁾, während die beiden letzten nur auf Antrag erlassen werden³⁾. Darüber hinaus ist folgendes festzuhalten. Sowohl die einstweilige Verfügung der ZPO zur Durchsetzung privater Ansprüche als

1) Bereits von Köhler, NJW 1961, S. 154, hatte darauf hingewiesen, daß § 80 und § 123 VwGO in einem inneren Zusammenhang stehen, der es verbiete, sie einzeln analog auf einem Gebiet wie dem GWB anzuwenden, auf dem eine Regelung fehlt, die dem § 80 VwGO entspricht.

2) Vgl. unten zum Antragsrecht bei eAOen.

3) So für die eAO der VwGO Rambeck, NJW 1961, S. 1335.

auch die einstweilige Anordnung der VwGO zum vorläufigen Schutz des Bürgers vor einem fehlerhaften Verhalten der Verwaltung dienen dem Sofortschutz eines einzelnen Beteiligten. Sie werden daher gegebenenfalls schon dann erlassen, wenn das Hauptverfahren noch gar nicht anhängig ist¹⁾. Die einstweilige Anordnung des § 56 GWB wird dagegen von der Kartellbehörde innerhalb des bereits anhängigen Hauptverfahrens erlassen und wird im Falle ihres Erlasses vor der Hauptscheidung nicht mit deren Erlaß per se gegenstandslos²⁾. Aus diesem Grunde dürften daher auch die Vorschriften der §§ 123 VwGO, 940 ZPO zu einer Interpretation des § 56 GWB nicht geeignet sein³⁾.

1) So Rambeck, aaO, S. 1333.

2) Vgl. dazu unten zur Dauer der Wirksamkeit einer eAO.

3) Wie Schack in Festschrift für von Laun, S. 293, Zusammenfassung Ziff. 2, zutreffend bemerkt, ist, da die Analogie Rechtsgleichheit der in Frage stehenden Verhältnisse voraussetzt, insbesondere die analoge Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse nur statthaft, soweit die betreffende Vorschrift des bürgerlichen Rechts ihrem Wortlaut nach auch die Interessenlage des betreffenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisses umfaßt. Solche Vorschriften des bürgerlichen Rechtes seien nur in geringem Maße vorhanden.

In diesem Sinne haben zumindest Bedenken geäußert gegen eine Interpretierung des § 56 GWB

1. durch eine Übernahme der Vorschriften der ZPO: Die Begründung des Regierungsentwurfes, abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm., auf S. 1073: "Die ZPO ist nicht anwendbar"; ferner von Köhler, VerArch. Band 54, S. 262, insbesondere Anm. 1, und S. 279: "Gerade die Problematik des gestaltenden Verwaltungsaktes läßt sich nicht mit zivilrechtlichen Vorstellungen bewältigen", sowie Keune, DB 1965, S. 96, weil das Kartellverwaltungsverfahren die beschleunigenden Möglichkeiten der ZPO nicht kenne. Baur in ZZP, Band 72, S. 12, bemerkt für die "Kartellverwaltungsrechtssachen" vor den OLG und dem BGH, daß insoweit das Verfahren des GWB sich an die im Verwaltungsprozeß und im Verfahren der FGG üblichen Grundsätze hält.
 2. durch eine Übernahme der Vorschriften der VwGO: Kull, in JZ 1961, S. 685/686, mit der Einschränkung, daß die §§ 62 bis 80 GWB zur VwGO im Verhältnis.
- s. weiter S. 66

Abgesehen von diesen Bedenken, Lücken des GWB wie hier in § 56 hinsichtlich der Voraussetzungen zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung mit Vorschriften anderer Gesetze, insbesondere der Zivilprozeßordnung und der Verwaltungsgerichtsordnung, auszufüllen, ist noch auf folgendes hinzuweisen:

Wenn der Gesetzgeber des GWB hier auf eine eingehende Regelung der Voraussetzungen verzichtet hat, braucht dies nicht unbedingt eine echte Lücke des Gesetzes zu sein und damit auf ein Schweigen des Gesetzgebers zurückzuführen sein¹⁾. Die Regelung der Zivilprozeßordnung über einstweilige Anordnungen war bei Abfassung des GWB bekannt und bewährt. Der Gesetzgeber hätte daher ebenso wie bei der Abfassung der Verwaltungsgerichtsordnung in § 123 VwGO auch beim GWB auf dieses verwandte Institut des Zivilrechtes zurückgreifen und dieses für den Bereich des GWB übernehmen können. Wenn der Gesetzgeber dies hier im Gegensatz zu der VwGO,

nis der *lex specialis* zur *lex generalis* stehen mit der Folge, daß die VwGO stets anwendbar sei, soweit das GWB nicht ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen habe. Ferner Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., Vorbemerkung 7 zu §§ 62 bis 75: "Die von Kull aus seiner Auffassung abgeleitete Folge, daß die Vorschriften der VwGO zur Ausfüllung von Lücken der Verfahrensregelung des GWB nur in sehr beschränktem Umfange herangezogen werden können, ergibt sich einwandfrei auch aus dem Charakter eines echten Sonderverwaltungsstreitverfahrens, für das eingehende besondere Prozeßvorschriften gegeben sind."

Ähnlich der im Rahmen der vorliegenden Untersuchung vertretenen Eigenständigkeit der eAOen in Kartellverfahren hat sich auch Promberger (BB 1965, S. 1316 /13187) für die eAOen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren gegen eine ausschließliche Übernahme der Normen der ZPO und der FGG gewandt. Er hat statt dessen den Erlaß eAOen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unter Berücksichtigung der Einzelheiten dieses Beschlußverfahrens für erforderlich gehalten.

1) Gegen eine Lücke - allerdings mit anderem Ergebnis - auch Schottelius, aaO, S. 1238, und Becher, aaO, S. 617.

die damals bereits im Entwurf vorlag und mit der erstmalig die einstweilige Anordnung allgemein in das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt wurde¹⁾, nicht getan hat, kann dies daher auch bedeuten, daß der Gesetzgeber die Handhabung des § 56 GWB der Praxis überlassen wollte. Dies ist um so mehr möglich, als es sich bei der zur Anwendung des § 56 in erster Linie berufenen Institution um eine Verwaltungsbehörde handelt, deren Entscheidungen im Gegensatz zu den zur Anwendung der §§ 940 ZPO, 123 VwGO berufenen Gerichten vornehmlich Ermessensentscheidungen sind²⁾. Aus diesem Grunde hatte der Verfasser zunächst in seinem Voraufsatz die Ansicht vertreten, daß die Anwendung des § 56 GWB in das pflichtgemäße Ermessen

1) Vgl. Quaritsch, VerwArch. Band 51, S. 210.

2) Auf die Unterschiede zwischen der Rechtsfindung der Gerichte und dem Handeln der Verwaltung hat bereits Zweigert in der Festschrift für Isay, S. 136/137, hingewiesen. Zweigert fährt dann fort: "Daß dort, wo der Gestaltungsstelle ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt wird, das von der Verwaltung ausübende sog. 'Verwaltungsermessen' in seinem Wesen und auch in seinem Inhalt etwas völlig anderes darstellt als das in dem gleichen Falle einer Gerichtsentscheidung eingeräumte Ermessen, dürfte zweifelsfrei sein. Denn innerhalb des Rahmens des Verwaltungsermessens wird der Verwaltungsbehörde ein Spielraum für verschiedene Entscheidungen gewährt. Jede innerhalb der verordneten Ermessensgrenzen gefällte Entscheidung ist gesetzesmäßig. Wird der gleiche Spielraum einer gerichtlichen Entscheidung eingeräumt, so kann nach dem Wesen des Gerichtsurteils als einer reinen Erkenntnisquelle nur eine einzige Entscheidung innerhalb des verordneten Rahmens der besonderen Lage des Falles und der Gerechtigkeit entsprechen und damit gesetzesmäßig sein. Von verwaltungsmäßigen Gesichtspunkten, die der Verwaltungsbeamte berücksichtigen muß, darf sich der Richter niemals leiten lassen; für seine Entscheidung dürfen lediglich die Belange der beiden Streitteile maßgeblich sein."

der Kartellbehörde gestellt ist¹⁾.

Bereits von Köhler²⁾ hatte ausgeführt, daß das Wort "kann" in § 56 als Ermächtigungsgrundlage, nicht jedoch als Anzeichen für ein der Behörde eingeräumtes Ermessen zu verstehen sei. Einstweilige Anordnungen seien gesetzesbezogen und nicht Ausdruck eines Verwaltungsermessens. Nach neuerer Terminologie wird man daher richtiger nicht davon sprechen, daß der Erlaß einstweiliger Anordnungen nach § 56 GWB in das Ermessen der Kartellbehörde gestellt ist, sondern daß der Kartellbehörde insofern ein Beurteilungsspielraum eingeräumt worden ist³⁾, innerhalb dessen diese eine Entscheidungsbefugnis hat, die nach § 70 Abs. 4 Satz 2 GWB ausdrücklich teilweise der gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist⁴⁾. Mit dieser Kennzeichnung soll der

1) Wegen des allgemeinen Charakters der Entscheidungen der Kartellbehörde als Ermessensentscheidungen vgl. Klaue, WuW 1960, S. 391, Ziff. 4 c. Der Charakter der einstweiligen Anordnung nach § 56 GWB als Ermessensentscheidung wurde insbesondere bejaht von der Einspruchsabteilung im Falle "Alpenmilch"; ebenso Anm. der Schriftleitung in einer Besprechung dieser Entscheidung in MA 1958, S. 573 576.

2) NJW 1961, S. 156.

3) Vgl. hierzu die grundlegenden Ausführungen von Kellner über die Entwicklung und Bedeutung dieses Begriffs in DÖV 1962, S. 572, insbesondere S. 574: "Das Hauptargument hierfür ist das Prinzip der Gewaltenteilung", sowie Hüttl in DVBl 1965, S. 66.

4) Vgl. hierzu von Köhler, DÖV 1960, S. 210, insbesondere S. 213, der den in § 70 Abs. 4 GWB verwandten Begriff des Ermessens im Sinne der früheren Terminologie als "gebundenes Ermessen" interpretiert, sowie Zweigert in Festschrift für Isay, S. 20 ff. Beide halten die durch § 70 Abs. 4 GWB gezogenen Grenzen richterlicher Nachprüfbarkeit im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG für bedenklich. A.A. Kull, JZ 1961, S. 682/684, der gegen die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens im GWB Bedenken hat, weil hier im Gewande der Justiz Verwaltung ausgeübt werde. Dieser Bruch mit der verwaltungsgerichtlichen Konzeption werde freilich gemildert durch § 70 Abs. 4 Satz 2 GWB.

Erlaß einstweiliger Anordnungen in Kartellverfahren von Entscheidungen anderer Verwaltungsbehörden abgegrenzt werden, in denen diese befugt sind, nach ihrer Wahl zu handeln.

Die der Kartellbehörde beim Erlaß einstweiliger Anordnungen durch das GWB bestimmten Grenzen, innerhalb derer ihr lediglich ein Beurteilungsspielraum verbleibt¹⁾, ergeben sich insbesondere aus der Einleitung des § 46 GWB, die als allgemeine Richtlinie für die Tätigkeit der Kartellbehörde angesehen werden kann. Danach muß die Kartellbehörde immer dann von der ihr in § 56 eingeräumten Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen Gebrauch machen, wenn dies zur Durchführung der ihr durch das GWB übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Sofern man zusätzlich zur Ausfüllung dieses Beurteilungsspielraums auf Vorschriften anderer Gesetze über einstweilige Regelungsmöglichkeiten zurückgreifen will, kämen hierfür am ehesten § 32 Abs. 1 des BVerfGG vom 12. März 1951 (BGBl I S. 297) und § 30 des aufgehobenen BVerwGG vom 23. September 1952 (BGBl I S. 625) in Betracht²⁾, in denen fast übereinstimmend die Voraussetzung aufgestellt ist, daß die vorläufige Regelung "zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde

1) Nach Quaritsch, aaO, S. 351, wird dem Gericht bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ein "Auswahlermessen" eingeräumt, das ausdrücklich nur durch den Zweck der eAO und den Begriff der erforderlichen Maßnahme begrenzt wird.

2) So auch Junge noch in der 1. Aufl. des GemKomm. § 56 Anm. 2.

zum gemeinen Wohl dringend geboten ist"¹⁾. Durch das insbesondere gegenüber der Regelung der §§ 123 VwGO, 940 ZPO aufgestellte zusätzliche Tatbestandsmerkmal des gemeinen Wohls dürften diese Vorschriften dem Anwendungsbereich einer einstweiligen Anordnung im Kartellverfahren am ehesten nahekommen.

Die der Kartellbehörde im GWB übertragenen Aufgaben sind im wesentlichen ordnungspolitischer Natur auf dem Gebiet der Wirtschaft und des Wettbewerbs²⁾. Ihre Tätigkeit entspricht damit der der Polizei auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung³⁾, auf dem die Polizei gleichfalls einstweilige Anordnungen

-
- 1) So auch das KG im Falle "Tobler", wonach bei Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht nur die Interessen der am Verfahren Beteiligten zu berücksichtigen sind, sondern auch die Interessen der Allgemeinheit an der Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen zur Leistungssteigerung im Interesse der Verbraucher. Ebenso Hirsch, aaO, S. 65, für den Bereich der einstweiligen Anordnung vor der Hauptentscheidung, wenn "eine jederzeit abänderbare oder aufhebbare einstweilige Anordnung aber im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen und der Öffentlichkeit liegt". Ähnlich schon Ihering, S. 108: "Den Interessen des individuellen Egoismus ist die Gesellschaft so berechtigt wie verpflichtet, ihre eigenen Interessen gegenüberzustellen." Einen Maßstab für die hiernach von der Kartellbehörde wahrzunehmenden Aufgaben hat auch schon Stein, S. 47, gegeben: "Die Aufgabe der inneren Verwaltung in der Volkswirtschaft besteht nicht darin, die Volkswirtschaft zu begründen, herzustellen, zu leiten, den Volksreichtum zu erzeugen, oder ähnliche Ziele durch die Gewalt des Staates zu erreichen. Sie soll nur diejenigen Bedingungen der wirtschaftlichen Entwicklung herstellen, welche die einzelnen mit eigener Kraft nicht schaffen können."
 - 2) Zu den Aufgaben der Kartellbehörde vgl. insbesondere Günther, WuW 1964, S. 111 /1167: "Die Wettbewerbsordnung könnte nur dann sich selbst überlassen werden, wenn ihr ohne Eingriff die Tendenz zum Wettbewerb und nicht zur Monopolisierung innewohnen würde. Dieser Zustand aber ist utopisch. Daher bedarf es in unserer Ordnung staatlicher Eingriffe, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs so optimal wie möglich zu sichern. Das wiederum erfordert die Setzung entsprechender Rechtsvorschriften, wie beispielsweise der Kartellvorschriften ..."
 - 3) Kull, aaO, S. 681, bezeichnet die Tätigkeit der Kartellbehörde als "Wettbewerbspolizei".

treffen kann¹⁾. Die Kartellbehörde muß daher immer dann tätig werden, wenn eine Störung der Wirtschaftsordnung vorliegt, und dann eine einstweilige Regelung nach § 56 GWB treffen, wenn andernfalls durch Zeitablauf der Sinn der im Hauptverfahren zu treffenden Verfügung in Frage gestellt wäre²⁾.

C. Einstweilige Anordnung als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung

Bei der Handhabung des § 56 GWB ist zu beachten, daß es sich bei einstweiligen Anordnungen teilweise um sog. janusköpfige Verwaltungsakte oder Verwaltungsakte mit Doppelwirkung handelt. Dieser Begriff, der zunächst für das Nachbarrecht geprägt worden war, hat inzwischen allgemeine Verwendung im Verwaltungsrecht gefunden³⁾. Gemeint sind damit Verwaltungsakte, die zugleich zwei verschiedene Rechtsträger betreffen, indem sie für den einen begünstigend und für den anderen belastend wirken.

Derartige Auswirkungen auf die Rechtssphäre Dritter können bei einstweiligen Anordnungen in Erlaubnisverfahren in Betracht kommen, in denen einem oder mehreren

-
- 1) Drews-Wacke, S. 292, unter Berufung auf ein Urteil des ProVG vom 20.4.1922, Band 77, S. 333, und des BGH vom 14.2.1952 = BGHZ 5, 144, dessen Leitsatz 2 lautet: "Die Polizei ist nicht nur dann befugt, zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tätig zu werden, wenn objektiv eine Polizeigefahr besteht, sondern sie kann auch dann, wenn eine Sachlage bei verständigem Ermessen den Anschein einer Polizeigefahr erweckt, eingreifen, bis über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Polizeigefahr Klarheit geschaffen ist."
 - 2) von Köhler, NJW 1961, S. 157, unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 4.9.1959 = WuW/E BKartA 73. Vgl. hierzu unten auch die gleichen Grundsätze, die von der Rechtsprechung für den Erlass einer sog. preliminary injunction im amerikanischen Antitrustrecht entwickelt sind, 3. Abschnitt, Teil B, lit. a Ziff. 3.
 - 3) Vgl. hierzu insbesondere Sellmann in NJW 1964, S. 1545, und Fromm, VerwArch. 1965, S. 29 f

Antragstellern die vorläufige Praktizierung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung bis zur endgültigen Erlaubnis gestattet wird. Denn mit jeder Erlaubnis der Praktizierung einer solchen Vereinbarung werden wegen der dadurch eintretenden Beschränkung des Wettbewerbs zugleich auch die Interessen Dritter, insbesondere der Abnehmer und der Lieferanten der Abnehmer, berührt. Auf diese Interessenberührung Dritter wird unten bei der Behandlung des Rechtsschutzes bei einstweiligen Anordnungen, wo die Problematik des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung besonders zutage tritt, noch genauer einzugehen sein, und zwar im Rahmen der Frage, inwieweit dadurch für Dritte eigene Ansprüche entstehen. Hier ist zunächst lediglich festzuhalten, daß beim Erlaß einstweiliger Anordnungen in Erlaubnisverfahren auch die möglichen Auswirkungen auf die Interessen Dritter zu beachten sind und die Interessen der Beteiligten hiermit gegebenenfalls abzuwägen sind, insbesondere, wenn entsprechende Anhaltspunkte aus der für das betreffende Verfahren maßgeblichen Vorschrift des GWB ersichtlich sind. Ein Beispiel hierfür bietet z.B. das Tatbestandsmerkmal der Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs in § 5 Abs. 2 Ziff. 1 GWR.

D. Die Voraussetzungen im einzelnen

Im folgenden soll versucht werden, einige Gesichtspunkte aufzustellen, unter denen nach dem Ergebnis der hier vorgenommenen Untersuchung der Erlaß einer einstweiligen Anordnung berechtigt wäre. Da diese Gesichtspunkte im wesentlichen fallbezogen sind, lassen sich naturnotwendig insofern keine allgemeinen Voraussetzungen aufstellen. Es kann sich daher im wesentlichen nur um eine Zusammenstellung besonders typischer Umstände handeln, unter denen einstweilige Anordnungen erlassen werden können oder bereits erlassene einstweilige Anordnungen berechtigt waren.

1. in Erlaubnisverfahren

a) vor der ersten Erlaubnis

Es muß sich um Fälle handeln, in denen nach den von den Antragstellern eingereichten Unterlagen und dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen der Kartellbehörde mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die endgültige Erlaubnis erteilt werden kann und in denen die Antragsteller außerdem ein berechtigtes Interesse haben, nicht mehr die endgültige Erlaubnis für eine bereits in einem beschränkten Umfang stattfindende vorzeitige Praktizierung ihrer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung abwarten zu müssen¹⁾. Durch eine in diesem Sinne erfolgende Anwendung des § 56 GWB in Erlaubnisverfahren dürfte auch der Gefahr vorgebeugt werden, daß durch eine zu großzügige Anwendung des § 56 in diesen Verfahren zur Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis praktisch das im GWB gesetzlich verankerte Verbotsein ein Mißbrauchsprinzip umgewandelt wird²⁾.

b) vor der Entscheidung über einen Verlängerungsantrag

An eine einstweilige Anordnung zur Erlaubnis der weiteren Praktizierung eines Kartellvertrages, für den die erste Erlaubnis bereits abgelaufen ist oder deren Ablauf kurz bevorsteht, bis zur Entscheidung über den Verlängerungsantrag sind im Hinblick auf die bereits für die erste Erlaubnis von der Kartellbehörde vorgenommenen Prüfungen geringere Anforderungen zu stellen.

- 1) Ein gutes Beispiel hierfür bietet der Fall der eAO im Verfahren "Langfräsmaschinen", durch die das gemeinschaftliche vorzeitige Werben auf einer Ausstellung erlaubt wurde.
- 2) Aus diesem Grunde bestehen gegen die Ansicht von Köhlers, wonach eine eAO zur Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis zu einer Art versteckter Beweis-erhebung führen kann, weil letztlich nur durch praktische Erfahrungen Gewißheit darüber zu erlangen sei, ob sich ein Vertrag volkswirtschaftlich günstig oder ungünstig auswirkt und damit erlaubnisfähig ist, erhebliche Bedenken (in: NJW 1961, S. 56).

Hierfür ist daher insbesondere der rein formale Grund maßgeblich, daß die für den Verlängerungsantrag erforderlichen Unterlagen vom Antragsteller nicht mehr bis zum Ablauf der ersten Erlaubnis beigebracht oder die von der Kartellbehörde anzustellenden Untersuchungen nicht mehr bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden können¹⁾. Stillschweigende Voraussetzung für die hier vertretene erleichterte Handhabung der einstweiligen Anordnung zur Erlaubnis der weiteren Praktizierung ist natürlich, daß während des Laufens der ersten Erlaubnis keine Verdachtsmomente für einen Mißbrauch des Kartells bekanntgeworden sind, die bereits bei der vorläufigen Erlaubnis der Weiterpraktizierung eine eingehendere Prüfung erforderlich machen.

2. in Mißbrauchsverfahren

a) vor der Hauptentscheidung

Den typischen Fall für eine berechtigterweise vor der Hauptentscheidung ergangene einstweilige Anordnung in dem hier vertretenen Sinne bietet trotz ihrer späteren Aufhebung durch die Einspruchsabteilung die von der 2. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes im Falle "Tobler" erlassene einstweilige Anordnung. Mit dieser einstweiligen Anordnung sollte der vor Einführung einer neuen Preisbindung bestandene Zustand wegen Verdachtes eines Mißbrauchs der neuen Preisbindung im Sinne von § 17 Abs. 1 Ziff. 3 GWB bis zur Hauptentscheidung zunächst aufrechterhalten werden. Da hier erstmalig eine Preisbindung mit Wirkung vom 1. September 1961 eingeführt worden war und die einstweilige Anordnung bereits am 25. September 1961 erlassen wurde, bestand hier insbesondere nicht die Gefahr, daß durch

1) So z.B. die eAOen vor der Hauptentscheidung über den Verlängerungsantrag in den Verfahren "Thomasphosphat-Syndikat" und "Radsatz- und Reifengemeinschaft".

die einstweilige Anordnung in den Bestand einer bereits seit längerer Zeit praktizierten Preisbindung eingegriffen und damit u.U. ein nicht wieder gut zu machender Schaden angerichtet wurde. Aus diesem Grunde konnte dem preisbindenden Unternehmen zugemutet werden, die weitere Einführung seiner Preisbindung bis zur Entscheidung über deren Zulässigkeit durch die bevorstehende Hauptentscheidung zurückzustellen¹⁾.

Einen ebenso eindeutig zulässigen Fall einer einstweiligen Anordnung vor der Hauptentscheidung in einem Mißbrauchsverfahren stellt die im Falle des Überläuferkartells Ruhr-Schwefelsäure-GmbH erlassene einstweilige Anordnung dar, mit der dem Überläuferkartell eine über den Rationalisierungszweck hinausgehende und daher nicht erlaubnisfähige Betätigung untersagt wurde, die im Falle ihrer Fortsetzung mit größter Wahrscheinlichkeit zu einer nicht wieder zu beseitigenden Schädigung der freien Schwefelsäure-Hersteller geführt hätte.

Eine einstweilige Anordnung kann ferner erlassen werden, wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde²⁾.

b) zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung

Wie oben ausgeführt wurde, besteht heute die nahezu einhellige Ansicht, daß für zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung ergehende Maßnahmen der Kartellbe-

1) In ähnlicher Weise könnte bei einem Typenkartell, das ab 1.1.1966 nach dem neu gefaßten § 5 Abs. 1 GWB sofort mit der Anmeldung wirksam wird, dessen Praktizierung durch eine sofort nach Anmeldung nach § 56 Ziff. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 GWB erlassene eAO ohne wesentliche Schäden für die Kartellmitglieder solange untersagt werden, bis das Mißbrauchsverfahren abgeschlossen ist.

2) So z.B. im Falle "Mineralölverband"; a.A. von Köhler, NJW 1961, S. 156.

hörde, mit denen einer Entscheidung trotz eines möglicherweise einzulegenden oder bereits eingelegten Rechtsmittels in gewissem Umfange praktisch sofortige Wirkung verschafft werden soll, ganz besonders strenge Voraussetzungen zu fordern sind¹⁾. Infolgedessen können insbesondere in Mißbrauchsverfahren nach § 17 GWB einstweilige Anordnungen in dem hier vertretenen Sinne zur Untersagung der weiteren Handhabung eines Preisbindungssystems nur ergehen, wenn es sich, wie z.B. im Falle "Großgebilde", nach den Feststellungen der erkennenden Beschlußabteilung um Massenkonsumartikel des täglichen Bedarfs handelt, die eine erhebliche Umsatzgeschwindigkeit haben, so daß die bei Fortdauer des Mißbrauchs insbesondere für den Verbraucher eintretenden Schädigungen erheblich sind²⁾. Außerdem wird in Verfahren nach § 17 - wie die Beschlußabteilung implizite festgestellt hat - zu fordern sein, daß die Verbraucher nicht auf gleichwertige Waren anderer Hersteller ausweichen können³⁾.

- 1) Becher, aaO, S. 618, spricht insofern von "gefühlsmäßigen Bedenken".
- 2) Vgl. die "Dringlichkeitsvoraussetzungen" bei Keune, aaO, S. 97.
- 3) Gesichtspunkte der Einspruchsabteilung und des KG im Falle "Tobler" und der Einspruchsabteilung im Falle "Textilveredler II" im Verhältnis zu den Auftraggebern der Textilveredler. Diese Gesichtspunkte ergeben sich in Verfahren nach § 17 aus dem letzten Absatz von Abs. 1, wonach bei der hier zu treffenden Entscheidung alle Umstände zu berücksichtigen sind. Im Rahmen eines Verfahrens nach § 17 ist daher festzustellen, ob die Interessen des preisbindenden Herstellers an der Aufrechterhaltung seiner nach § 16 privilegierten Preisbindung oder die Interessen der Abnehmer, denen in § 17 ein besonderes Antragsrecht verliehen ist, oder die nach § 17 Abs. 1 Ziff. 3 zu berücksichtigenden Interessen der Verbraucher an der Versorgung mit Markenwaren zu leistungsgerechten Preisen überwiegen und eine sofortige Regelung erfordern. Vgl. dazu neuerdings auch den Beschluß der 3. Beschlußabteilung vom 20.7.1965 "Genossenschaftliche Warenrückvergütung" = WuW/E BKartA 959 (1964/7).

Eine einstweilige Anordnung dürfte ferner dann gerechtfertigt sein, wenn eine Fortsetzung des mit der Hauptentscheidung untersagten Verhaltens eine Ordnungswidrigkeit darstellt¹⁾.

Es bleibt abzuwarten, ob die bei der Novellierung des GWB zum Zwecke der Aktivierung der Mißbrauchsaufsicht geänderten materiellen Eingriffsvoraussetzungen des § 17 GWB²⁾ auch einen Einfluß auf die Handhabung des § 56 GWB in diesen Verfahren haben werden³⁾. Soweit dies schon jetzt übersehen werden kann, muß allerdings eine derartige Rückwirkung bezweifelt werden, so daß die in der Wirtschaftspresse erhobene Forderung nach einer eindeutigeren und schärferen Fassung des § 56 GWB⁴⁾ weiter berechtigt sein dürfte.

-
- 1) So die Einspruchsabteilung zur Begründung der aus formalen Gründen im Rechtsmittelverfahren aufgehobenen einstweiligen Anordnung im Falle des Rabattkartells der Linoleumhersteller hinsichtlich der Nichtmitzählung der Außenseiterbezüge, die eine vorsätzliche ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung der Mitbewerber darstellte.
 - 2) Art. 1 Ziff. 7 des Gesetzes zur Änderung des GWB vom 15.9.1965.
 - 3) Nach der Begründung zum Regierungsentwurf vom 18.9.1964, Bundestagsdrucksache IV/2564, S. 8, sollen damit die Voraussetzungen für die Beseitigung der im Zusammenhang mit der Preisbindung auftretenden Mißbräuche verbessert werden.

Mit der Anwendung des § 56 GWB in Mißbrauchsverfahren hat sich auch der Bundestag im Rahmen der Beratungen über den Regierungsentwurf befaßt. In der ersten Beratung des Bundestages (142. Sitzung am 4.11.1964, stenograph. Niederschrift S. 7106 B) hat der Bundeswirtschaftsminister auf die Möglichkeit der Abstellung eines Mißbrauchs vor Abschluß des Verfahrens durch einstweilige Anordnung hingewiesen, nachdem der Abgeordnete Kurlbaum in der gleichen Sitzung (S. 7102 der Niederschrift) den Vorwurf erhoben hatte, daß insbesondere der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht durch marktbeherrschende Unternehmen infolge Ausschöpfung der im GWB vorgesehenen Rechtsmittel über viele Jahre hinaus fortgesetzt werden könne, bis die Verfügung der Kartellbehörde unanfechtbar geworden sei.

- 4) Otto in seinem bereits zitierten Aufsatz im "Handelsblatt" vom 24./25.11.1961 anläßlich der Entscheidungen des BKartA im Falle "Tobler".

E. Das Antragsrecht bei einstweiligen Anordnungen

Soweit es sich in Erlaubnisverfahren um die Antragsteller selbst handelt, muß ihnen im Hinblick auf ihr Antragsrecht hinsichtlich der Hauptentscheidung auch ein Antragsrecht auf eine vorläufige Erlaubnis durch eine einstweilige Anordnung zugestanden werden¹⁾.

Dagegen ist ein Antragsrecht in Mißbrauchsverfahren abzulehnen. Anders als im Erlaubnisverfahren fehlt hier ein besonders zu berücksichtigender Verfahrensbeteiligter in Gestalt der Antragsteller, deren besondere Verfahrensstellung sich schon daraus ergibt, daß ihre Antragstellung zur Einleitung des Erlaubnisverfahrens notwendig ist²⁾. Mißbrauchsverfahren werden dagegen üblicherweise von Amts wegen eingeleitet, und die in ihnen zu treffenden Entscheidungen werden vorwiegend im öffentlichen Interesse erlassen. Dies gilt auch für die Mißbrauchsverfahren, in denen das GWB daneben ausnahmsweise auch bestimmten Personen ein Antragsrecht zugestanden hat, so den gebundenen Abnehmern nach § 17 GWB, da auch in diesem Verfahren die Kartellbehörde nicht nur die Interessen des Antragstellers an einer einstweiligen Regelung zu beachten hat, sondern diese vornehmlich auch im öffentlichen Interesse liegen muß³⁾.

F. Keine vorherige Abmahnung nach § 17 Abs. 2 GWB erforderlich

Nach § 17 Abs. 2 GWB ist an sich erforderlich, daß die Kartellbehörde vor Erlass einer Mißbrauchsverfügung

- 1) Ebenso Baumbach-Hefermehl, § 56, Anm. 1, unter Bezugnahme auf den Jahresbericht des BKartA für 1958, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1000, S. 46, und Rauschenbach in seiner Darstellung des "Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht", S. 187.
- 2) Aus diesem Grunde wird im Rahmen dieser Ausführungen auch das Verfahren nach § 27 GWB zu den Erlaubnisverfahren im weiteren Sinne gerechnet.
- 3) So generell zum Antragsrecht im Verfahren nach § 56 GWB Müller-Gries, Anm. 3

in einem Verfahren nach § 17 den betroffenen Hersteller auffordert, den von ihr im einzelnen dargelegten Mißbrauch innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen. Zwar handelt es sich bei dieser Vorschrift lediglich um eine Sollvorschrift; in der Praxis hat die Kartellbehörde jedoch bisher, soweit bekannt, stets von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht und vor Aufhebung der Preisbindung den betroffenen Hersteller abgemahnt, sofern dieser nicht bereits ausdrücklich auf eine Abmahnung verzichtet hatte.

Das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung kollidiert jedoch mit der bei einstweiligen Anordnungen und Verfügungen bestehenden Eilbedürftigkeit. Infolge dieser Eilbedürftigkeit ist es heute bereits in Einstweiligenverfügungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten, in denen kartellrechtliche Vorfragen zu entscheiden sind, üblich, auf die an sich durch § 96 Abs. 2 GWB vorgeschriebene Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an die Kartellbehörde zu verzichten¹⁾. Aus dem gleichen Grunde wird man daher in Verfahren nach § 17 GWB beim Erlaß einstweiliger Anordnungen auf eine vorherige Abmahnung verzichten können²⁾, um so mehr, als nach den vorstehenden Ausführungen mit einer einstweiligen Anordnung in Mißbrauchsverfahren ohnehin nur eine einstweilige Regelung getroffen werden kann.

1) Vgl. hierzu die bei Baur, BB 1964, S. 611, Anm. 47, zitierte Rechtsprechung, die die Unterlassung der Aussetzung damit begründet, daß der Gesetzgeber das Problem der einstweiligen Verfügung gar nicht gesehen habe.

2) Ebenso die 2. Beschlußabteilung des BKartA im Falle "Tobler".

§ 4 Zeitpunkt und Zuständigkeit für den Erlaß sowie
Dauer der Wirksamkeit einer einstweiligen Anord-
nung

A. Zeitpunkt und Zuständigkeit für den Erlaß
einstweiliger Anordnungen

Eine einstweilige Anordnung kann nach § 56 GWB sowohl von der erstinstanzlichen Beschluß- als auch von der bisherigen Einspruchsabteilung des Bundeskartellamtes erlassen werden, und zwar, wie bereits ausgeführt wurde, während der gesamten Dauer des Verfahrens, d.h. sowohl vor als auch zusammen mit oder nach der Hauptentscheidung. Diese Lösung wird auch einem praktischen Bedürfnis gerecht. In Erlaubnisverfahren besteht die Notwendigkeit, bereits vor Erlaß der Hauptentscheidung eine vorläufige Erlaubnis im Wege einer einstweiligen Anordnung zu erteilen. In Mißbrauchsverfahren verlagert sich dagegen das Bedürfnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen mehr in den Zeitraum nach der Hauptentscheidung, da regelmäßig erst jetzt übersehen werden kann, ob ein öffentliches Interesse an einer einstweiligen Regelung besteht, weil entweder der Adressat der Mißbrauchsverfügung dieser nicht nachkommt oder noch weitere Wettbewerbsbeschränkungen auf dem betreffenden Markt hinzugetreten sind, die ohne ein sofortiges Eingreifen der Kartellbehörde zu einer völligen Erstarrung des Marktes führen würden. Im letzteren Falle würde daher eine Hauptentscheidung im Zeitpunkt ihrer Unanfechtbarkeit keine Wirkung am Markt mehr haben können.

Die weitere Zuständigkeit der Kartellbehörde konkurriert allerdings in den Fällen, in denen das Hauptverfahren bereits vor den Rechtsmittelinstanzen (im weiteren Sinne) anhängig geworden ist, mit der eigenen Zuständigkeit dieser Instanzen nach §§ 63 Abs. 3, 59 Satz 3 und 75 Abs. 5 GWB. Die Frage, welche Instanz nunmehr zuständig ist, ist unproblematisch, solange es sich um die konkurrierende Zuständigkeit der Beschlußabteilungen des Bundeskartellamtes mit der der Ein-

spruchsabteilung handelt, da in diesem Falle bis zur Abschaffung der Einspruchsinstanz die Möglichkeit einer Koordinierung innerhalb des Amtes besteht. Außerdem ist in letzter Zeit in erstinstanzlichen Beschlüssen des Bundeskartellamtes die Tendenz erkennbar, mit Rücksicht auf die zunächst eintretende sofortige Wirksamkeit jeder Hauptentscheidung die Entscheidung über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zum Ausschluß der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels bis zu dessen Einlegung und damit bis zur Anhängigkeit der Hauptsache in der Einspruchsinstanz zurückzustellen¹⁾. Sobald das Hauptverfahren beim Oberlandesgericht anhängig ist, könnte man jedoch wegen des eintretenden Devolutiveffektes²⁾ sowie deswegen geneigt sein, nunmehr dessen Zuständigkeit den Vorzug zu geben, weil einstweilige Anordnungen keine Entscheidungen in der Hauptsache sind und daher die von den Oberlandesgerichten erlassenen einstweiligen Anordnungen nach § 53 GWB unanfechtbar sind. Dem steht jedoch gegenüber, daß nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung die Gerichte vornehmlich zur Rechtskontrolle berufen sind, wenn gleich dieser Grundsatz heute nicht mehr so streng durchgeführt wird³⁾. Berücksichtigt man ferner, daß es sich bei dem Erlaß einstweiliger Anordnungen um wirtschaftspolitische Entscheidungen handeln kann, die die Verhältnisse auf einem Markt maßgeblich beeinflussen können⁴⁾, wirtschaftspolitische Entscheidungen aber nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich von der Kartellbehörde getroffen werden sollen, da er sie wegen der größeren Marktnähe der Beschlußabteilungen

1) B 2 - 184/60 vom 6.6.1964 "Doornkaat" = WuW/E BKartA 823 /8267; ebenso B 2 - 56/61 vom 12.6.1964 "Puschkin" = WuW/E BKartA 841 /8437.

2) So Tetzner, S. 163.

3) Vgl. Zweigert in GemKomm., 1. Aufl. § 70 Anm. 12.

4) S. oben die Anm. zur einstweiligen Anordnung des BKartA "53-cm-Fernsehgeräte".

durch § 70 Abs. 4 Satz 2 GWB ausdrücklich der Nachprüfung durch die Gerichte entzogen hat, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß auch innerhalb des besonders gestalteten Rechtsmittelverfahrens des GWB der weiteren Zuständigkeit der Kartellbehörde zum Erlaß einstweiliger Anordnungen zur Abstellung von Mißbräuchen gegenüber der der Gerichte der Vorzug zu geben ist¹⁾. In wirtschaftlich komplizierter gelagerten Sachverhalten darf sogar erwartet werden, daß die Gerichte insbesondere wegen der besseren Kenntnis der Kartellbehörde von den Gegebenheiten des relevanten Marktes auf deren weitere Zuständigkeit verweisen.

B. Dauer der Wirksamkeit einer einstweiligen Anordnung

Hinsichtlich der Dauer der Wirksamkeit einer einstweiligen Anordnung bestehen keinerlei institutionelle Beschränkungen. Sie kann vielmehr von der Kartellbehörde für die Dauer des gesamten Kartellverfahrens erlassen werden²⁾, weil das einmal bejahte öffentliche

1) A.A. Junge in GemKomm., 2. Aufl., § 56, Anm. 5.

Von Köhler in NJW 1951, S. 156, der gegen die weitere Zuständigkeit der Beschlußabteilung nach Anhängigkeit der Hauptsache in den Rechtsmittelinstanzen Bedenken hat, weil die Beschlußabteilung nunmehr Beteiligte sei, will dagegen die weitere Zuständigkeit der Beschlußabteilung auf den Fall der Änderung der Verhältnisse beschränken. Hierbei entsteht jedoch ein Abgrenzungsproblem, da sich die Verhältnisse im Laufe eines sich meist über längere Zeit erstreckenden Rechtsmittelverfahrens regelmäßig ändern dürften, so daß daher dann jeweils geprüft werden müßte, ob eine derart umfassende Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, daß dadurch die erneute Zuständigkeit der Beschlußabteilung begründet worden ist.

Im Verfahren "Rechtselbische Zementpreise", in dem die von der 1. Beschlußabteilung sowie von der bisherigen Einspruchsabteilung des BKartA bereits erlassenen eAOen vom KG aufgehoben worden sind, hat der BGH bei der Zurückverweisung des Verfahrens an das KG diesem überlassen, "über die ...Frage des erneuten Erlasses eAOen zu befinden" (Beschluß vom 17.5.1965 - KVR 1/64 KG Berlin = BB 1965, S. 1049).

2) Vgl. Ziff. 1 der Begründung des Regierungsentwurfes zum damaligen § 47 und Baumbach-Hefermehl, § 56 Anm. 1.

oder das überwiegende Interesse eines Beteiligten an einer einstweiligen Regelung regelmäßig bis zum Abschluß des Verfahrens andauert. Das Bundeskartellamt hat in diesem Sinne auch mehrfach einstweilige Anordnungen "bis zur rechtskräftigen Entscheidung" erlassen¹⁾. Das Kartellverfahren weist damit, wie bereits ausgeführt, gegenüber anderen Verwaltungsverfahren die Besonderheit auf, daß u.U. zwei Verwaltungsakte der gleichen Verwaltungsbehörde mit zum Teil übereinstimmendem Inhalt nebeneinander bestehen, von denen der eine - die einstweilige Anordnung - gegebenenfalls erst mit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Hauptentscheidung gegenstandslos wird, sofern sie nicht bereits von vornherein unter der auflösenden Bedingung des Erlasses der Hauptentscheidung getroffen²⁾ oder später ausdrücklich aufgehoben wurde.

Eine einstweilige Anordnung kann auch unter der auflösenden Bedingung erlassen werden, daß sie außer Kraft tritt, sofern der durch sie Begünstigte nicht innerhalb einer Frist eine bestimmte Handlung vornimmt³⁾.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß eine einstweilige Anordnung von der Kartellbehörde jederzeit wieder geändert oder aufgehoben werden kann⁴⁾.

- 1) Z.B. eAO der Einspruchsabteilung vom 4.9.1959 "Melitta", der 3. Beschlußabteilung vom 13.5.1964 "Großgebirge".
- 2) Vgl. eAO der Einspruchsabteilung vom 17.10.1958 "Alpenmilch".
- 3) Vgl. den bei der Darstellung der Entscheidungspraxis des BKartA erwähnten Fall einer vorläufigen Erlaubnis zur Ermöglichung der Vertragsänderung eines bei Antragstellung unter die Bestimmungen des EWG-Vertrages fallenden Kartells.
- 4) 2. Beschlußabteilung vom 27.8.1958 "Alpenmilch" sowie Ziff. 3 der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes zum damaligen § 47, abgedruckt in der 1. Aufl. des GemKomm., S. 1113.

Sie kann ferner vom Beschwerdegericht nach § 63 Abs. 2 GWB für die Dauer des Beschwerdeverfahrens ganz oder teilweise - unter Umständen nach Leistung einer Sicherheit - außer Kraft gesetzt werden.

§ 5 Der Rechtsschutz bei einstweiligen Anordnungen

A. Der Rechtsweg gegen erlassene einstweilige Anordnungen

I. gegen einstweilige Anordnungen nach § 56 GWB mit oder ohne gleichzeitige Heranziehung des § 80 VwGO

a) Der Rechtsweg nach dem GWB

Gegen eine erstinstanzliche einstweilige Anordnung des Bundeskartellamtes ist nach der bisherigen Regelung des GWB zunächst nach § 59 der Rechtsbehelf des Einspruchs einzulegen. Erst gegen eine ablehnende Entscheidung der Einspruchsabteilung ist nach § 62 Abs. 1 die Beschwerde an das Oberlandesgericht zulässig. Eine Rechtsbeschwerde gegen eine vom Oberlandesgericht wegen einer einstweiligen Anordnung getroffene Entscheidung ist dagegen nicht zulässig, da es sich bei diesen nicht um Entscheidungen in der Hauptsache handelt¹⁾.

Eine einstweilige Anordnung kann selbständig neben der Hauptentscheidung angefochten werden²⁾.

b) Unmittelbare Anrufung des Oberlandesgerichtes gegen erstinstanzliche einstweilige Anordnungen des Bundeskartellamtes durch verfassungskonforme Auslegung des GWB

Im Gegensatz zu der bisherigen gesetzlichen Regelung des Rechtsweges bei erstinstanzlichen einstweiligen

1) Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., § 62, Anm. 26; KG vom 24. Juni 1960 "Steinzeug" = WuW/E OLG 346/3487; BGH vom 15.12.1960 "IG Bergbau" = WuW/E BGH 415/4177.

2) KG "Rechtseibische Zementpreise III" = WuW/E OLG 641/6457 für den Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 56 GWB

Anordnungen des Bundeskartellamtes ist in letzter Zeit in der Literatur gefordert worden, daß in diesem Falle die unmittelbare Anrufung des Oberlandesgerichtes möglich sein müsse¹⁾.

Bereits der Verfasser hatte in seinem Voraufsatz diese Ansicht vertreten²⁾, allerdings unter Zitierung einer mißverständlichen Anmerkung von Zweigert in der ersten Auflage des Gemeinschaftskommentars³⁾. Zweigert hat daraufhin seine entgegengesetzte Ansicht in der zweiten Auflage an gleicher Stelle nochmals ausführlich dargelegt. Neuerdings haben insbesondere Schottelius⁴⁾ und Becher⁵⁾ die unmittelbare Anrufung des Oberlandesgerichtes gegen eine erstinstanzliche einstweilige Anordnung des Bundeskartellamtes gefordert. Eine Anordnung des Sofortvollzuges durch eine Beschlußabteilung ist nach ihrer Ansicht unter Beachtung der bisherigen Verfahrensregelung des GWB verfassungswidrig, da durch die Zwischenschaltung einer weiteren behördlichen Instanz in Gestalt der bisherigen Einspruchsabteilung vor der gerichtlichen Nachprüfung die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereitelt werde. Im Gegensatz dazu hat Fromm ausgeführt⁶⁾, daß die Rechtsweggarantie

-
- 1) Vor Erörterung der besonderen Frage des Rechtsschutzes gegen erstinstanzliche eAOen des BKartA hatte bereits Baur, aaO, S. 13, ganz allgemein Bedenken gegen die im GWB vorgesehene Verfahrenskette, Endverfügung der Kartellbehörde - Entscheidung der Einspruchsabteilung - Beschwerde, angemeldet, und zwar hinsichtlich sämtlicher erstinstanzlicher Zwischenverfügungen der Kartellbehörde. Er hatte sich damals bei der Wahl zwischen unmittelbarer verwaltungsgerichtlicher Klage und Beschwerde an das zuständige OLG für die letztere Möglichkeit entschieden, wobei er (S. 12) die OLGs (und den BGH) als "Quasiverwaltungsgerichte" bezeichnet hat.
 - 2) aaO, S. 1136. Vorher hatte schon von Köhler, NJW 1961, S. 156, Bedenken gegen eine erstinstanzliche eAO des BKartA zur Ausschließung des Suspensiveffektes geäußert.
 - 3) § 62, Anm. 24.
 - 4) aaO, S. 1240.
 - 5) aaO, S. 618.
 - 6) aaO, S. 613.

nicht die sofortige Anrufung eines Gerichtes beinhalte, sondern es genüge, daß ein Gericht angerufen werden könne.

Die vom Verfasser bereits im Voraufsatz vertretene Ansicht des Erfordernisses der sofortigen Anrufung des Oberlandesgerichtes gegen eine erstinstanzliche einstweilige Anordnung des Bundeskartellamtes muß auch nach nochmaliger Überprüfung infolge der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der oben unter lit. a zitierten Vorschriften des GWB aufrechterhalten werden. Wie Becher zutreffend ausgeführt hat, beinhaltet die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG die sofortige Anrufung des Gerichtes gegen einen behördlichen Eingriff, da dem Staatsbürger dadurch die Möglichkeit gegeben werden soll, sich umgehend durch Anrufung einer neutralen gerichtlichen Instanz von einem zu unrecht ergangenen Eingriff der vollziehenden Gewalt zu befreien. Diese Möglichkeit würde durch Zwischenschaltung einer weiteren behördlichen Instanz, wie der bisherigen Einspruchsabteilung, auch wenn das Verfahren vor dieser weitgehend gerichtsförmig ausgestaltet ist¹⁾, vereitelt²⁾, um so mehr, als die Einspruchsabteilung die für das Verfahren vor ihr gesetzlich vorgesehene Verfahrensdauer (Ein-Monats-Frist des § 65 Abs. 1 Satz 3 GWB) so gut wie nie eingehalten hat, sondern sich das Verfahren vor ihr oft über Jahre hinaus erstreckt hat. Der hiergegen gerichtete Hinweis von Fromm auf die Dauer auch der Eilverfahren vor den ordentlichen und Verwaltungsgerichten überzeugt nicht, da trotz der unbestrittenen Verfahrensdauer auch vor diesen Gerichten

1) So Fromm, aaO.

2) Bereits Bär, S. 192/193, hatte seinerzeit zutreffend ausgeführt: "Es verletzt das Rechtsgefühl weit weniger, wenn das unvollkommene Gesetz gar keine Rechte verleiht, als wenn zwar Rechte gegeben, aber gleichzeitig die Mittel versagt sind, um sie zur Geltung zu bringen."

das Verfahren damit jedenfalls bereits vor der "Dritten Gewalt" anhängig ist und das Gericht gegebenenfalls vorab sofort über die weitere Wirksamkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes entscheiden kann¹⁾.

Diese Streitfrage soll hier indessen im Hinblick auf die bei der Novellierung des GWB beschlossene Abschaffung der Einspruchsinstanz, wodurch diese Streitfrage allenfalls noch Bedeutung für die vorgesehene Übergangszeit hat (bei bis zum 31. Dezember 1965 zugestellten erstinstanzlichen Verfügungen des Bundeskartellamtes), nicht weiter vertieft werden.

II. Der Rechtsweg bei einer unmittelbar auf § 80 VwGO gestützten Anordnung der sofortigen Vollziehung

Wie das Kammergericht im Verfahren "Rechtselbische Zementpreise III" ausgeführt hat, kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung, abgesehen von der auf § 56 GWB und § 80 VwGO gestützten Verwaltungspraxis der Einspruchsabteilung, auch unmittelbar auf § 80 VwGO gestützt werden²⁾. Das Kammergericht hat hierbei die Ansicht vertreten, daß in diesem Falle gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht das Rechtsmittel der Beschwerde an das Oberlandesgericht gegeben sei, sondern vielmehr bei diesem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gestellt werden muß. Diese Auffassung

- 1) Diese Ansicht, wonach durch Art. 19 Abs. 4 GG "effektiver Rechtsschutz" gewährt wird, ist in jüngster Zeit auch vom Bundesfinanzhof vertreten worden (Beschuß vom 9.2.1965 - VII B 23/65, abgedruckt in BB 1965, S. 615), der in seinem Beschuß darauf hinweist, daß er die Abgabenordnung bereits in anderer Hinsicht "verfassungskonform erweiternd ausgelegt" und aus einer unmittelbaren Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsbehelfe für zulässig erklärt habe, die in der Abgabenordnung nicht vorgesehen waren.

Zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einhaltung des Verwaltungsvorverfahrens als Klagevoraussetzung vgl. auch bei Ule, aaO, S. 539, insbesondere Anm. 17, der allerdings der Ansicht ist, daß "sogar ein zweistufiges Verwaltungsvorverfahren (Einspruch und Beschwerde oder Beschwerde und weitere Beschwerde) mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist".

- 2) WuW/E OLG 641 ("Doppelkonstruktion des KG" nach Schottelius).

soll hier im Hinblick auf die oben dargelegten Bedenken gegen eine sofortige Vollziehung der Hauptscheidung in Kartellverfahren ohne eigene Ausführungen wiedergegeben werden.

III. Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels

Zur Einlegung eines Rechtsmittels ist grundsätzlich der Betroffene befugt. Dies ist in Mißbrauchsverfahren eindeutig der Adressat der Mißbrauchsverfügung. Die Frage nach dem Betroffenen ist jedoch dann nicht eindeutig, wenn es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt, insbesondere auch durch eine einstweilige Anordnung handelt, mit der einem oder den Antragstellern bereits die vorzeitige Praktizierung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erlaubt wird. Darauf, daß durch jede Entscheidung in Erlaubnisverfahren u.U. auch Dritte betroffen werden können, die in ihrer Rechtssphäre verletzt werden, war bereits oben bei der Darstellung der Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Anordnungen hingewiesen worden.

Die Frage, ob und inwieweit auch die durch einen sog. Verwaltungsakt mit Drittwirkung Betroffenen ein selbständiges Klagerecht haben, ist insbesondere im Bau-recht für den durch eine Bauerlaubnis oder einen Bau-dispens betroffenen Nachbarn erörtert worden 1). Die Beantwortung dieser Frage war relativ einfach, solange im Verwaltungsrecht für die Zulassung einer Klage noch

1) Fromm in VerwArch. 1965, Heft 1, S. 43, bezeichnet diese Frage als "Paradebeispiel" für den Verwaltungs-akt mit Drittwirkung.

Gegen die hier vorgenommene Analogie zum Nachbarrecht mag zwar sprechen, daß im Nachbarrecht anders als im Kartellrecht die Zahl der belasteten Dritten regelmäßig klein sein dürfte. Wie im folgenden ausgeführt wird, hat jedoch die neueste Entwicklung im Nachbarrecht dazu geführt, selbst bei diesem relativ kleinen Kreis Dritter größte Vorsicht bei der Zuerkennung eines eigenen Klagerechtes walten zu lassen. Um so mehr dürfte daher bei dem ungleich größeren Kreis betroffener Dritter in Kartellsachen Vorsicht bei der Zuerkennung eigener Klagerechte für diese geboten sein.

das sog. Enumerationsprinzip bestand. Mit der Einführung der sog. Generalklausel im Verwaltungsstreitverfahren ist jedoch, wie erstmalig das Obergerverwaltungsgericht Berlin mit seinem Urteil vom 29. Februar 1952 ausgesprochen hatte 1), hinsichtlich der Beurteilung der Klagerechte Dritter ein grundsätzlicher Wandel eingetreten 2). Es würde im Rahmen dieser Untersuchung zu weit gehen, die hierdurch aufgetretenen Fragen im einzelnen zu erörtern. Wie Sellmann 3) ausgeführt hat, bestehen jedoch starke Zweifel, ob die neuzeitliche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mit der generellen Zulassung der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht nicht einen Irrweg gegangen ist. Wie er in einem weiteren Aufsatz 4) ausgeführt hat, hat die allgemeine Einführung der Generalklausel im Verwaltungsprozeßrecht zu einer - man möchte beinahe sagen - fast grenzenlos erscheinenden Ausweitung des Begriffs der subjektiv öffentlichen Rechte geführt. Neuerdings hat sich auch Fromm für größte Vorsicht bei der Anerkennung der Klagebefugnis Dritter ausgesprochen 5). Ergänzend weist Haueisen 6) darauf hin, daß es bereits Schwierigkeiten bereitet, festzustellen, wer überhaupt als Betroffener anzusehen ist.

Soweit die Frage der Klagebefugnis Dritter im Kartellrecht von Bedeutung ist, dürfte von Köhler⁷⁾ einen wichtigen Hinweis zur Einschränkung dieser Klagebefugnisse gegeben haben. Von Köhler, der auf die Ausführungen Sellmanns in dem zuerst zitierten Aufsatz Bezug nimmt, weist auf die wirtschaftlichen Einwirkungsmöglichkeiten hin, die insbesondere einem stärkeren Wettbewerber gegenüber schwächeren Wettbewerbern, die sich z.B. zur Stärkung ihrer Stellung im Wettbewerb im Rahmen der §§ 2 bis 8 des GWB zusammengeschlossen haben, durch

1) Entscheidungssammlung des OVG Berlin, Band 1, S.39.

2) Vgl. hierzu auch Scheuner, aaO, S. 64.

3) Deutsches Verwaltungsblatt 1963, S. 273 ff.

4) NJW 1964, S. 1545.

5) In VerwArch. 1965, Heft 1, S. 58, wo er wörtlich schreibt: "Wo der Gesetzgeber verfahrensrechtlich keine Vorsorge für die Beteiligung des Dritten am Verwaltungsverfahren getroffen hat, ist gegenüber der Anerkennung der Klagebefugnis größte Vorsicht geboten."

6) NJW 1964, S. 2037; vor ihm ebenso schon von Köhler, JR 1955, S. 411.

7) NJW 1964, S. 2233.

Einräumung eines Klagerechtes gegenüber der Erlaubnis des von diesen abgeschlossenen Kartellvertrages gegeben wären. Die Ungewißheit des Ausgangs eines durch den stärkeren Außenseiter in Gang gebrachten Kartellverwaltungsstreitverfahrens könnte dazu führen, daß die Mitglieder des Kartells in ihren Entscheidungen beeinflußt werden und unter Umständen von ihrem Kartellvorhaben ganz Abstand nehmen. Wie von Köhler zutreffend bemerkt, kann ein derartiger, durch ein Klagerecht Dritter ermöglichter Prozeß eine wesentlich einschneidendere Wettbewerbsbeschränkung als ein nach § 1 GWB unwirksamer Vertrag sein. Wie er weiter zutreffend hinweist, ist es jedoch eine Folge des im GWB verankerten Verbotsprinzips, daß durch eine Erlaubniserteilung nahezu immer die wirtschaftliche und rechtliche Stellung eines Konkurrenten berührt wird. Eine Bejahung des Klagerechtes Dritter in Kartellverfahren, die durch eine Erlaubniserteilung in ihren Rechten berührt werden, würde angesichts dieser Ausführungen von Köhlers praktisch eine Anwendung der gesetzlich in den §§ 2 bis 8 GWB zugelassenen Ausnahmen vom Verbotsprinzip des GWB obsolet machen.

Aus diesem Grunde dürfte daher in den Erlaubnisverfahren der §§ 2 bis 8 GWB ein Klagerecht Dritter abzulehnen sein¹⁾. Für die hier zur Untersuchung anstehende

1) A.A. offensichtlich noch Baur, aaO, S. 15, der auf den "materiellen Beteiligtenbegriff" abstellt, d.h. "überall dort, wo jemand durch eine Verfügung der Kartellbehörde in seinen Rechten verletzt wird, ohne daß gegen ihn ein Verfahren eingeleitet worden war". Diese allgemeinen Ausführungen dürften indessen nach neuerer Erkenntnis zu weit gehen. Auch Mailänder, WuW 1965, 657 / 8687, bejaht eine Klagemöglichkeit Dritter lediglich bei unwirksamen Kartellen unter Berufung auf § 35 i.V.m. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB.

Die von von Köhler, NJW 1961, S. 155, ergänzend aufgezeigte Möglichkeit, dem durch die Erlaubnis Begünstigten im Falle der Einlegung eines Rechtsmittels durch Dritte im Wege einer eAO die weitere Praktizierung des erlaubten Vertrages zu gestatten, dürfte im Hinblick auf die weiterhin bestehende erhebliche Unsicherheit über den endgültigen Ausgang des Verfahrens keine befriedigende Abhilfe schaffen.

Frage des Klagerechtes Dritter insbesondere gegen eine vorläufige Erlaubnis im Wege einer einstweiligen Anordnung ist noch zusätzlich darauf hinzuweisen, daß die Interessen Dritter im allgemeinen bereits bei der beim Erlaß einstweiliger Anordnungen vorzunehmenden Abwägung der Interessen hinreichend Berücksichtigung gefunden haben, da, wie bereits oben ausgeführt, eine einstweilige Anordnung grundsätzlich nicht nur im Interesse eines oder mehrerer am Verfahren unmittelbar Beteiligter erlassen werden darf. Berücksichtigt man ferner die bei einstweiligen Anordnungen gebotene Eilbedürftigkeit, so ist in Kartellverfahren zumindest ein Recht Dritter auf selbständige Einlegung eines Rechtsmittels gegen eine im Wege einer einstweiligen Anordnung erteilte vorläufige Erlaubnis zu verneinen.

B. Rechtsmittel bei unterlassener einstweiliger Anordnung

Nach § 70 Abs. 3 GWB kann das Beschwerdegericht im Falle einer unterlassenen Verfügung unter den dort normierten Voraussetzungen die Verpflichtung der Kartellbehörde aussprechen, die beantragte Verfügung vorzunehmen¹⁾. Eine Untätigkeitsbeschwerde setzt hiernach ein Antragsrecht des Beschwerdeführers auf Erlaß der unterlassenen Verfügung voraus. Wie bereits oben ausgeführt wurde, besteht ein solches hinsichtlich einer einstweiligen Anordnung nur in Erlaubnisverfahren, so daß daher nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Untätigkeitsbeschwerde nur im Falle einer unterlassenen einstweiligen Anordnung im Rahmen eines Erlaubnisverfahrens gegeben ist²⁾.

-
- 1) Vgl. zur Beschwerde gegen eine unterlassene Verfügung der Kartellbehörde ganz allgemein Baur, aaO, S. 15.
 - 2) Hirsch, aaO, S. 68, hält darüber hinaus auch die Einlegung der Untätigkeitsbeschwerde in den Fällen für zulässig, in denen die Behörde in pflichtwidriger Weise unterlassen hat, eine Verfügung zu treffen.

Das Kammergericht hat darüber hinaus im Falle des Rabattkartells der Linoleumhersteller, in dem die Einspruchsabteilung noch nach unterlassenem Widerspruch auf den "Einspruch" eines Beigeladenen tätig geworden war, den Beschluß der Einspruchsabteilung mit der Begründung aufgehoben, daß in diesem Falle kein Einspruch, sondern allenfalls die Untätigkeitsbeschwerde einzulegen gewesen wäre. Damit hat das Kammergericht auch einem Beigeladenen, dessen Rechtsstellung in § 51 Abs. 2 Ziff. 4 GWB nicht näher dargelegt ist, eine ähnliche Rechtsstellung wie dem Antragsteller in einem Erlaubnisverfahren eingeräumt. Eine weitergehende Anerkennung der Rechtsstellung anderer Verfahrensbeteiligter - wie insbesondere der Antragsteller nach § 17 GWB - dürfte indessen damit nicht verbunden sein.

Aus diesen Gründen ist daher die Möglichkeit der Erhebung einer Untätigkeitsbeschwerde in Mißbrauchsverfahren wegen unterlassener einstweiliger Anordnung abzulehnen.

§ 6 Weitere Einzelfragen zur einstweiligen Anordnung

1. Keine einstweilige Anordnung zur Abstellung des Mißbrauchs eines Erlaubniskartells im Erlaubnisverfahren

In der Entscheidung "Rechtselbische Zementpreise III" hat das Kammergericht u.a. Bedenken dagegen geäußert, daß das Bundeskartellamt eine gegen einen Mißbrauch gerichtete einstweilige Anordnung innerhalb des Verfahrens erlassen hat, das durch die Anmeldung eines Überläuferkartells nach § 106 Abs. 2 GWB eingeleitet worden war. Das Kammergericht hat dabei die Ansicht vertreten, daß eine derartige einstweilige Anordnung nicht in diesem Erlaubnis-, sondern nur in einem gesonderten Mißbrauchsverfahren erlassen werden kann. Dieser Ansicht ist schon im Interesse einer Trennung der Verfahren zum Zwecke einer besseren Übersichtlich-

keit beizupflichten¹⁾.

2. Keine Beiladung nur für eine einstweilige Anordnung

Das Verwaltungsverfahren vor der Kartellbehörde weist zwar, wie bereits ausgeführt wurde, die Besonderheit auf, daß in ein und demselben Verfahren unter Umständen zwei aufeinanderfolgende Verwaltungsakte, und zwar eine einstweilige Anordnung und eine Hauptentscheidung, ergehen können. Dennoch handelt es sich dabei um ein einheitliches Verwaltungsverfahren, so daß daher nicht eine Beiladung allein für eine einstweilige Anordnung ausgesprochen werden kann²⁾.

3. Gebühren bei einstweiligen Anordnungen

Einstweilige Anordnungen sind nach Ziff. 1 c und Ziff. 9 c des Gebührentarifs der Verordnung über die Gebühren der Kartellbehörden und die Erstattung der durch das Verfahren vor den Kartellbehörden entstandenen Kosten vom 23. Januar 1958 (BGBl I S. 61) lediglich in den Erlaubnisverfahren der §§ 4, 5 Abs. 2 und 3, 6 Abs. 2, 7 und 8 sowie der §§ 20 Abs. 3 und 21 GWB gebührenpflichtig, da im übrigen in dem Gebührentarif hierfür keine Gebühren vorgesehen sind³⁾.

1) In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, daß heute allgemein von dem Erfordernis einer besonderen Einleitungsverfügung im Verfahren vor dem Bundeskartellamt abgesehen wird (vgl. Zweigert in der 2. Aufl. des GemKomm., § 62, Anm. 17); im Gegensatz dazu hatte z.B. noch Forsthoff in der Festschrift für Isay, S. 108, eine förmliche Eröffnung und Beendigung des Verfahrens gefordert, in der gegebenenfalls der Verfahrenszweck im einzelnen anzugeben wäre und wodurch bereits von vornherein der Erlass einer Mißbrauchsverfügung innerhalb eines Erlaubnisverfahrens ausgeschlossen wäre.

2) Vgl. auch Jahresbericht des BKartA für 1959, 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache 1795, S. 53.

3) Vgl. Beschluß der 2. Beschlußabteilung im Mißbrauchsverfahren nach § 17 GWB "Tobler", aaO, und von Renthe gen. Fink in GemKomm., 2. Aufl., § 80, Anm. 3.

2. Abschnitt

Die Regelung in den Europa-Verträgen

A. Rechtsgrundlagen für den Erlaß einstweiliger Anordnungen

Artikel 39 des EGKS-Vertrages vom 18. April 1951 bestimmt in Abs. 1, daß die beim Gerichtshof erhobenen Klagen keine aufschiebende Wirkung haben. Der Gerichtshof kann jedoch nach Abs. 2 die Vollstreckung der angegriffenen Entscheidung aussetzen. Er kann darüber hinaus nach Abs. 3 jede andere erforderliche einstweilige Anordnung treffen. In Art. 92 Abs. 3 ist ferner die Aussetzung der Zwangsvollstreckung durch eine Entscheidung des Gerichtshofes vorgesehen. In der am gleichen Tage unterzeichneten Satzung des Gerichtshofes wird in Art. 33 auf diese Bestimmungen Bezug genommen. Danach kann der Präsident des Gerichtshofes in einem in der Verfahrensordnung geregelten abgekürzten Verfahren in diesen Fällen vorläufige Entscheidungen treffen¹⁾.

Die Regelungen des EWG- und des Euratom-Vertrages, beide vom 25. März 1957, entsprechen der des EGKS-Vertrages und haben deren Wortlaut größtenteils übernommen. So bestimmt zunächst Art. 185 des EWG- bzw. 157 des Euratom-Vertrages, daß ebenso wie nach Art. 39 Abs. 1 des EGKS-Vertrages Klagen beim Gerichtshof keine aufschiebende Wirkung haben; in Art. 157 des Euratom-Vertrages allerdings mit der Einschränkung, soweit in diesem Verträge nichts anderes bestimmt ist. Auch nach diesen Vorschriften kann jedoch der Gerichtshof die Durchsetzung der angefochtenen Handlung aussetzen. Die Europa-Verträge gehen damit ebenso wie das GWB von dem Grundsatz aus, daß ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat; die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels tritt vielmehr erst durch besondere Anordnung des Gerichtshofes ein.

1) Vgl. hierzu Riese, NJW 1953, S. 524.

Nach Art. 186 des EWG- bzw. Art. 158 des Euratom-Vertrages kann der Gerichtshof ebenso wie nach Art. 39 Abs. 3 des EGKS-Vertrages die erforderlichen einstweiligen Anordnungen treffen. Damit können einstweilige Anordnungen nach den Europa-Verträgen im Gegensatz zum GWB nur vom Gericht erlassen werden¹⁾.

In der nach Art. 44 der Satzung des Gerichtshofes sowie nach Art. 188 Abs. 2 des EWG-Vertrages bzw. Art. 160 Abs. 2 des Euratom-Vertrages erlassenen Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 3. März 1959²⁾ ist die einstweilige Anordnung im "3. Teil. Besondere Verfahrensarten. Erstes Kapitel. Aussetzung des Vollzuges oder der Zwangsvollstreckung und sonstige einstweilige Anordnungen" geregelt. Die Aussetzung des Vollzuges sowie der Zwangsvollstreckung wird damit als ein - allerdings besonders geregelter - Unterfall der einstweiligen Anordnung angesehen.

Nach Art. 83 § 1 Abs. 2 der Verfahrensordnung sind Anträge auf sonstige einstweilige Anordnungen im Sinne der zuvor angeführten Artikel der Europa-Verträge nur zulässig, wenn sie von einer Partei eines beim Gerichtshof anhängigen Rechtsstreites gestellt werden³⁾ und

- 1) Die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hat lediglich die Möglichkeit, den Parteien vor Erlaß ihrer formellen Entscheidung ihre "Auffassung" als "Empfehlung" mitzuteilen (nach Art. 3 der VO Nr. 17). Diese Empfehlung könnte als eine vorläufige Handlung angesehen werden, ist aber keineswegs bereits eine vorläufige Anordnung, die in irgendeiner Weise etwas konkret regelt.
- 2) Die Verfahrensordnung lehnt sich in manchen Punkten an diejenige des Internationalen Gerichtshofes in Haag an; weitere Vorschriften sind den Verfahrensordnungen des französischen Conseil d'Etat sowie den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung und den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen der beteiligten Staaten entnommen, vgl. Riese, aaO, S. 521. Wie Bebr, 10 Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, S. 79, bemerkt, besteht nur eine einzige Verfahrensordnung, obwohl der Gerichtshof verschiedene - und zum Teil sehr unterschiedliche - Rechtsprechungsbefugnisse ausübt. Insbesondere die nur in einigen Fällen bestehenden Bestimmungen für spezifische Verfahren seien sehr fragmentarisch.
- 3) Zur Streitfrage, ob diese Voraussetzung auch beim Montan-Vertrag gegeben sein muß, zweifelnd Mühlendörfer in Groeben-Boeckh, Art. 186 Anm. 1 mit Nachweisen.

sich auf diesen beziehen. Sie ergehen daher nur auf Antrag, nicht, wie nach dem GWB, grundsätzlich von Amts wegen. Sie setzen damit ferner, wie sich bereits auch aus den angeführten Artikeln der Verträge selbst ergibt, im Gegensatz zum GWB die Anhängigkeit der Hauptsache voraus¹⁾.

B. Die Erfordernisse der Antragsschrift

Nach Art. 83 § 2 der Verfahrensordnung müssen die in § 1 genannten Anträge den Streitgegenstand bezeichnen und die Umstände anführen, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt; ferner ist die Notwendigkeit der beantragten einstweiligen Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft zu machen. Im Gegensatz zu der Formulierung in den Europa-Verträgen selbst, die nur von den "erforderlichen einstweiligen Anordnungen" sprechen, ohne sie ebenso wie § 56 GWB näher hinsichtlich der Voraussetzungen für ihren Erlass zu normieren, so daß ihr Erlass in das Ermessen des Gerichtshofes gestellt sein dürfte²⁾, sind damit in der Verfahrensordnung wenigstens für die Antragsschrift gewisse Voraussetzungen für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung aufgestellt. Diese Voraussetzungen dürfen den Schluß rechtfertigen, daß auch den Europa-Verträgen der Grundsatz zugrunde liegt, daß einstweilige Anordnungen nur in Fällen besonderer Notwendigkeit und Dringlichkeit erlassen werden können³⁾.

- 1) Ebenso Wolfarth in Wolfarth-Everling-Glaesner-Sprung, Art. 186 Anm. 1, und Riese, aaO, S. 524, hinsichtlich der einstweiligen Anordnung zur Einstellung der Vollstreckung.
- 2) Ebenso Wolfarth in Wolfarth-Everling-Glaesner-Sprung, Art. 186 Anm. 2.
- 3) Nach Mühlendörfer in Groeben-Boeckh, Art. 186 Anm. 1, dient die eAO der Regelung eines einstweiligen Zustandes zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Betroffenen. Tizzano im ital. GemKomm., Art. 186 Anm. 1, versteht (in der Übersetzung) unter den in Art. 186 zugelassenen eAOen einstweilige Maßnahmen vorbeugenden und erhaltenden Charakters, die die Gerichte ergreifen, um zu verhindern, daß sich in einem schwebenden Verfahren Situationen ergeben, die einer Partei zum Schaden gereichen. Er zieht in diesem Zusammenhang Parallelen zu entsprechenden Maßnahmen anderer internationaler Gerichte sowie zu den Dringungs. weiter S. 97

C. Der Anwendungsbereich einstweiliger Anordnungen

Der Anwendungsbereich einstweiliger Anordnungen in den Europa-Verträgen ist im Gegensatz zum GWB in Art. 86 § 4 der Verfahrensordnung ausdrücklich formuliert. Dort heißt es: "Der Beschluß stellt nur eine einstweilige Regelung dar und greift der Entscheidung des Gerichtshofes zur Hauptsache nicht vor¹⁾". Damit ist eindeutig klargestellt, daß einstweilige Anordnungen nach den Europa-Verträgen nur in dem Zeitraum zwischen Klageeinreichung und Entscheidung in der Hauptsache erlassen werden können und damit insbesondere die bei § 56 GWB aufgetretene Problematik seiner Anwendung zum Zwecke der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Hauptentscheidung nicht besteht. Eine weitere Klarstellung in dieser Hinsicht enthält Art. 86 § 3 der Verfahrensordnung. Danach kann die einstweilige Anordnung befristet werden; in Ermangelung einer ausdrücklichen Befristung tritt sie mit der Verkündung des Endurteils außer Kraft.

lichkeitsvoraussetzungen des Art. 700 des ital. Codice di procedura civile, durch die vorbeugend die Rechtswirkung der späteren Entscheidung des Gerichtes sichergestellt werden solle. Als Maßnahme, deren sich das Gericht am häufigsten bediene, bezeichnet er die Anordnung der Zahlung eines Teiles des Betrages, den der Beklagte vermutlich an den Kläger zu zahlen habe. Vgl. zu den Dringlichkeitsvoraussetzungen auch die nachstehend wiedergegebene Entscheidungspraxis des Gerichtshofes.

Abgesehen von diesen Dringlichkeitsvoraussetzungen muß beim Erlaß einer eAO auch geprüft werden, ob die Klage in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg hat, vgl. Tizzano in ital.GemKomm., Art. 186 Ann. 2. Eine eAO setzt nach Tizzano jedoch nicht voraus, daß sie als Ergebnis der Entscheidung in der Hauptsache Bestand haben wird; es genüge vielmehr ein Schein des Rechts. Ähnlich bemerkt auch Bebr (Judicial Control S. 111) hinsichtlich der Abhängigkeit des Antrages auf Aussetzung des Vollzuges von der Berechtigung, ein Rechtsmittel in der Hauptsache einzulegen: "Should only a slight doubt as to the admissibility of an appeal prevail, the court would be obliged to admit the petition (for a stay of execution)."

- 1) Nach den Entscheidungsgründen der zweiten ablehnenden Verfügung des Präsidenten des Europäischen Gerichtshofes in den Verfahren der Fa. Plaumann gegen die EWG-Kommission vom 21.12.1962 (Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, Band IX, S. 286) sind eAOen im allgemeinen lediglich konservierender Natur und greifen der Entscheidung in der Hauptsache nicht vor.

D. Der Gang des Verfahrens

Nach Art. 84 wird der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung der Gegenpartei unter Fristsetzung zur Stellungnahme zugestellt, und der Präsident des Gerichtshofes kann eine Beweisaufnahme anordnen. Der Präsident kann jedoch dem Antrag auch schon vor Eingang dieser Stellungnahme stattgeben; diese Entscheidung kann später von Amts wegen abgeändert oder aufgehoben werden. Nach Art. 85 kann der Präsident über Anträge auf Erlaß einstweiliger Anordnungen selbst entscheiden oder die Entscheidung dem Gerichtshof übertragen¹⁾. In letzterem Falle erkennt dieser unter Zurückstellung aller anderen Rechtssachen. Nach Art. 86 ergeht die Entscheidung durch unanfechtbaren Beschluß. Diese im Gegensatz zur Regelung des GWB statuierte Unanfechtbarkeit der einstweiligen Anordnung ist darauf zurückzuführen, daß die einstweilige Anordnung der Europa-Verträge gleich vom Gerichtshof erlassen wird, während nach dem GWB einstweilige Anordnungen in erster Linie von der Kartellbehörde erlassen werden und nur eine gegebenenfalls vom Oberlandesgericht erlassene einstweilige Anordnung sofort unanfechtbar ist.

Die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung²⁾ kann nach Art. 86 von einer Sicherheit abhängig gemacht werden. Nach Art. 87 kann sie auf Antrag einer Partei jederzeit wegen veränderter Umstände abgeändert oder aufgehoben werden; umgekehrt bestimmt Art. 88, daß ein Antragsteller durch die Abweisung eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung nicht gehindert ist, einen weiteren, auf neue Tatsachen gestützten Antrag zu stellen.

1) So z.B. in dem Verfahren Nold gegen die Hohe Behörde (Band III, S. 253) und der drei Ruhrkohlenverkaufsgemeinschaften gegen die Hohe Behörde (Band VI, 1. Teil, S. 92).

2) eAOen sind ebenso wie ein Urteil nach Art. 187 i.V.m. Art. 192 des EWG-Vertrages vollstreckbar, vgl. Wolfarth in Wolfarth-Everling-Glaesner-Sprung, Art. 186 Anm. 3.

E. Die bisherige Entscheidungspraxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

- a) bei Anträgen auf Aussetzung des Vollzuges von Maßnahmen eines Organes der europäischen Gemeinschaften

Die Aussetzung des Vollzuges von Maßnahmen eines Organes der europäischen Gemeinschaften ist im Gegensatz zum Anwendungsbereich des § 56 GWB, mit dem nach der ständigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und des Kammergerichtes u.a. gerade der sofortige Vollzug einer angefochtenen Maßnahme angeordnet werden kann, der am meisten vorkommende Fall einer einstweiligen Anordnung des Europäischen Gerichtshofes und daher als solcher im Vertragstext besonders hervorgehoben¹⁾. Der Präsident des Gerichtshofes bzw. der Gerichtshof hatte bereits mehrfach über Anträge auf Aussetzung des Vollzuges einer angegriffenen Maßnahme zu entscheiden, die allerdings nicht die Anwendung der Wettbewerbsregeln eines der Europa-Verträge betrafen. Da die insoweit ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofes jedoch insofern für Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen im Kartellrecht der Europa-Verträge von Bedeutung sein können, als aus ihnen Gesichtspunkte ersichtlich sind, unter denen nach Ansicht des Gerichtshofes einstweilige Anordnungen gerechtfertigt sind, sollen sie im folgenden kurz wiedergegeben werden:

Anträgen auf Aussetzung des Vollzuges wurde bisher nur zweimal stattgegeben, und zwar in dem Verfahren Nold gegen die Hohe Behörde wegen einer Handelsregelung für die Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaften durch Beschluß vom 7.12.1957 - 18/57 -²⁾ und des Bediensteten des Europäischen Parlamentes Claude Lassalle innerhalb eines Stellenbesetzungsverfahrens durch Verfügung des Präsidenten vom 13.3.1963 - 15/63 R -³⁾. Alle anderen Anträge

1) Mühlendörfer in Goeben-Boeckh, Art. 186 Anm. 1.

2) Band III der Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, S. 247 ff.

3) Band X, S. 127 ff.

wurden dagegen abgelehnt, so in den Verfahren der drei Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaften "Geitling", "Mausegatt" und "Präsident" und der darin zusammengeschlossenen Bergwerksgesellschaften gegen die Hohe Behörde wegen der Ablehnung ihres Genehmigungsantrages durch Beschluß vom 12.5.1959 - 19/59 R -¹⁾; der Acciaieria e Tubificio di Brescia gegen die Hohe Behörde wegen einer Kontrolle bei der Klägerin durch Verfügung des Präsidenten vom 26.6.1959 - 31/59 -²⁾; von zehn deutschen Stahlwerken gegen die Hohe Behörde wegen Zahlungen an die Schrottausgleichskasse durch Verfügung des Präsidenten vom 30.1.1959 - 2/59 R -³⁾; von 17 deutschen Eisenberg- und Hüttenwerken gegen die Hohe Behörde wegen von dieser geregelter Ausnahmetarife der Deutschen Bundesbahn für die Beförderung von mineralischen Brennstoffen für die Eisen- und Stahlindustrie bzw. des Tarifes für Schiffsabgaben auf den westdeutschen Kanälen durch Verfügung des Präsidenten vom 11.4.1960 - verbundene Rechtsachen Nr. 3 - 18, 25 und 26/58 -⁴⁾; der Regierung der Italienischen Republik gegen die Hohe Behörde wegen einer Tarifregelung für den gewerblichen Kraftwagen-güterverkehr mit Kohle und Stahl durch Verfügung des Präsidenten vom 20.5.1959 - 21/59 R -⁵⁾; der drei Bediensteten der EWG-Kommission Eva von Lachmüller, Rudolf Fiddelaar und Bernhard Peuvrier wegen Widerspruches gegen ihre Kündigung durch Verfügung des Präsidenten vom 20.10.1959 - 43-45/59 -⁶⁾; der Firma Breedband N.V. gegen die Hohe Behörde u.a. wegen einer Drittwider-

1) Band VI, 1. Teil, S. 87 ff. Dagegen wurde der Klage in der Hauptsache durch Beschluß vom 15.7.1960, Band VI, 2. Teil, S. 884 ff, im wesentlichen stattgegeben.

2) Band VI, 1. Teil, S. 218 ff.

3) Band VI, 1. Teil, S. 352 ff.

4) Band VI, 1. Teil, S. 472 ff.

5) Band VI, 2. Teil, S. 737 ff.

6) Band VI, 2. Teil, S. 1019 ff. Durch eine spätere Verfügung vom 1.10.1960, Band VI, 2. Teil, S. 1162, ist dann jedoch einem der Antragsteller eine einstweilige Zahlung eines Betrages zuerkannt worden.

spruchsklage durch Verfügung des Präsidenten vom 30.6.1961 - verbundene Rechtssachen 42 und 49/59 -¹⁾; des Bediensteten der Hohen Behörde Benoix Suss wegen Einweisung eines Dritten in eine strittige Planstelle durch Verfügung des Präsidenten vom 29.5.1964 - 17/64 R -²⁾; der Acciaria Ferriere Pietra Oddino gegen die Hohe Behörde wegen einer drohenden Zwangsvollstreckung auf Grund einer Geldforderung durch Verfügung des Präsidenten vom 1.7.1963 - 60/63 -³⁾; des Bediensteten der Hohen Behörde André Leroy wegen Beschäftigung auf einem bestimmten Posten durch Verfügung des Präsidenten vom 16.7.1963 - verbundene Rechtssachen 35/62 und 16/63 -⁴⁾; des Bediensteten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Ernest Ley wegen der Besetzung einer Planstelle durch Verfügung des Präsidenten vom 4.5.1964 - verbundene Rechtssachen 12 und 29/64 -⁵⁾; der Société Rhénane d'Exploitation et de Manutention "SOREMA" gegen die Hohe Behörde wegen deren Entscheidung über eine Beteiligung der SOREMA an einem anderen Unternehmen durch Verfügung des Präsidenten vom 17.9.1964 - 36/64 -⁶⁾.

Im einzelnen⁷⁾ wurde die angeordnete Aussetzung des Vollzuges im Verfahren Nold gegen die Hohe Behörde damit begründet, daß sie zur Aufrechterhaltung eines bis-

1) Band VIII, S. 341 ff.

2) Band X, S. 1317 ff.

3) Band X, S. 1 ff.

4) Band IX, S. 462 ff.

5) Band XI, S. 182 ff.

6) Band XI, S. 474 ff.

7) Vgl. auch hierzu die Ausführungen bei Bebr (Judicial Control, S. 111 ff) im Rahmen seiner Darstellung der "conditions under which the court may suspend the execution of an act". Bebr faßt hierbei die bisherige Entscheidungspraxis des Gerichtshofes wie folgt zusammen: "First, the Court views the likely consequences of a stay of execution on the operation of the Community. Secondly, the Court is inclined to grant a stay of execution if the petitioner would suffer a grave or irreparable damage by an immediate execution of the act appealed" (S. 112).

herigen Zustandes¹⁾ (ebenso im Verfahren des Bediensteten Lassalle²⁾) und zur Vermeidung schwerer Nachteile³⁾ erforderlich sei. Umgekehrt wurde in den Verfahren der drei Ruhrkohlenverkaufsgesellschaften⁴⁾, der Firma Brescia⁵⁾, der 17 deutschen Eisenberg- und Hüttenwerke⁶⁾, der Firma Breedband⁷⁾, des Bediensteten Suss⁸⁾, der Firma Pietra Oddino⁹⁾, des Bediensteten Ley¹⁰⁾ und der SOREMA¹¹⁾ die Ablehnung der Anträge mit dem fehlenden Nachweis eines nicht wiedergutzumachenden Schadens begründet, im Verfahren der 17 deutschen Werke außerdem noch aus anderen Gründen (die Antragstellung sei verspätet, da erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Gerichtshof bereits in die Beratung über das Urteil in der Hauptsache eingetreten war¹²⁾). In dem Verfahren der zehn deutschen Stahlwerke erfolgte die Ablehnung wegen fehlender Anhängigkeit der Hauptsache¹³⁾, im Verfahren der italienischen Regierung, weil es sich nicht um einen Antrag auf Aussetzung von Durchführungsmaßnahmen handele¹⁴⁾. In den beiden Verfahren der Bediensteten Lachmüller, Fiddelaar und Peuvrier bzw. Leroy wurde die Ablehnung im wesentlichen mit der mangelnden Erfolgsaussicht der Hauptsache begründet¹⁵⁾.

1) aaO, S. 256.

2) aaO, S. 128.

3) aaO, S. 257.

4) aaO, S. 93.

5) aaO, S. 222.

6) aaO, S. 479.

7) aaO, S. 344.

8) aaO, S. 1319.

9) aaO, S. 3.

10) aaO, S. 184.

11) aaO, S. 475.

12) aaO, S. 478.

13) aaO, S. 355.

14) aaO, S. 741.

15) aaO, S. 1023/24 bzw. S. 465.

b) bei Anträgen auf Erlaß "sonstiger einstweiliger Anordnungen"

Anträge auf Erlaß "sonstiger einstweiliger Anordnungen" nach Art. 83 § 1 Abs. 2 der Verfahrensordnung, die dem Anwendungsbereich von § 56 GWB am meisten entsprechen und daher für eine Rechtsvergleichung von besonderer Bedeutung sind, sind im Gegensatz zu den Anträgen auf Aussetzung des Vollzuges einer angefochtenen Entscheidung bisher verhältnismäßig wenig gestellt worden. Insbesondere ist bisher kein Fall einer derartigen einstweiligen Anordnung in einem Verfahren bekanntgeworden, das die Anwendung der Wettbewerbsregeln eines der Europaverträge zum Gegenstand hatte¹⁾.

Der Gerichtshof hatte vielmehr bisher nur über zwei Anträge auf Erlaß einer sonstigen einstweiligen Anordnung in der Rechtssache 25/62 ("Versagung der Ermächtigung zur teilweisen Aussetzung des in der Bundesrepublik Deutschland gegenüber dritten Ländern anwendbaren Zollsatzes für Clementinen, frisch") der Fa. Plaumann & Co, Hamburg, gegen die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu entscheiden. Beide Anträge wurden durch Verfügung des Präsidenten vom 31.8.1962²⁾ bzw. vom 21.12.1962³⁾ abgelehnt, und zwar, weil die Dringlichkeit und Notwendigkeit der begehrten einstweiligen Anordnung nicht glaubhaft gemacht worden⁴⁾ bzw. nicht dargetan sei, daß die Antragstellerin andernfalls einen schweren Schaden erleiden würde⁵⁾.

1) Insoweit finden sich weder Nachweise in den allerdings schon kurz nach der Gründung der europäischen Gemeinschaften erschienenen Abhandlungen von Gaedke und Jerusalem noch in den Kommentaren von Wohlfahrt-Everling-Glasener-Sprung bzw. Groeben-Boeckh bzw. im ital. GemKomm. Auch der neueste Kommentar zum EWG-Kartellrecht von Gleiss-Hirsch erwähnt lediglich die Befugnis des Gerichtshofes zum Erlaß von eAOen (in Anm. 6 zu Art. 21 der Verordnung Nr. 17) ohne weitere Ausführungen.

2) Band IX, S. 271 ff.

3) Band IX, S. 279 ff.

4) aaO, S. 276.

5) aaO, S. 285.

3. Abschnitt

Die Regelung im amerikanischen Antitrustrecht

Eine rechtsvergleichende Darstellung der sofortigen Regelungsmöglichkeiten eines Tatbestandes im amerikanischen Antitrustrecht ist nicht nur deswegen aufschlußreich, weil die in den USA herrschende Auffassung und die dort auf diesem Gebiet gesammelten Erfahrungen die dem GWB zugrunde liegenden Vorstellungen nicht unwesentlich beeinflussen¹⁾, sondern diese auch für die Anwendung und ggf. eine Fortentwicklung des GWB von Bedeutung sein können.

Die amerikanischen Antitrustgesetze werden anders als das GWB nicht nur vornehmlich in Verwaltungsverfahren durchgesetzt²⁾, wofür in den USA die Federal Trade Commission (FTC) zuständig ist. Abgesehen von Strafverfahren gegen einen Verletzer eröffnen die Antitrustgesetze vielmehr auch die Möglichkeit, gegen diesen eine Zivilklage vor einem Gericht anzustrengen³⁾. Diese Zivilklagen werden, soweit es sich um solche der amerikanischen Regierung handelt, auf Antrag der Antitrustdivision des US Federal Department of Justice (AD) durchgeführt.

1) Vgl. den Abschnitt "D. Einfluß des Antitrustrechtes in den Vereinigten Staaten" im Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, abgedruckt in der 1. Auflage des GemKomm., S. 1168 ff. Auf die allerdings bei der teilweisen Übernahme der Rechtsordnung eines anderen Staates auftretenden Schwierigkeiten hat von Köhler, NJW 1962, S. 1942, hingewiesen, der insbesondere ausgeführt hat, daß bei einer Übernahme in unsere Rechtsordnung eine Strukturänderung nicht ausgeschlossen sei.

2) Vgl. Katzke, NJW 1963, S. 1384.

3) Vgl. im einzelnen Report, Vorbemerkung zu "Chapter VIII. Antitrust Administration and Enforcement", S. 343.

Zivilklagen können ferner von geschädigten Privatpersonen oder -firmen angestrengt werden¹⁾. Für eine rechtsvergleichende Betrachtung kommen somit im amerikanischen Antitrustrecht zwei Verfahrensarten - Verwaltungsverfahren und Zivilklage - in Betracht.

A. Einstweilige Anordnungen in Verwaltungsverfahren der Federal Trade Commission

Die FTC wird anders als das Bundeskartellamt nicht nur auf dem Gebiet des Antitrustrechtes tätig. So ist sie z.B. nach Section 12 des Federal Trade Commission Act auch mit Fragen des unlauteren Wettbewerbs befaßt. Ihr sind darüber hinaus durch andere Bundesgesetze weitere Aufgaben zugewiesen worden, die mit dem Bereich des Wettbewerbs nur noch in ganz losem Zusammenhang stehen²⁾.

Nach der derzeitigen Regelung kann die FTC in ihrem gesamten Tätigkeitsbereich selbst überhaupt keine einstweiligen Anordnungen erlassen. Sie kann jedoch in den Aufgabenbereichen, die sie neben dem Antitrustrecht wahrzunehmen hat, den Erlaß einer temporary injunction oder restraining order beim Gericht beantragen. Für das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs ergibt sich dies aus Section 13 lit. a des Federal Trade Commission Act, für die ihr durch andere Bundesgesetze zugewiesenen weiteren Aufgabenbereiche aus den entsprechenden Spezialgesetzen.

Hinsichtlich ihrer Antitrusttätigkeit ist der FTC hingegen auch diese Möglichkeit verschlossen. Hier kann sie daher lediglich Endentscheidungen erlassen und diese auf dem dafür vorgesehenen Wege gegen den Verletzer

1) Vgl. im einzelnen Report, Abschnitt "D. Private Antitrust Suits", S. 378 ff.

2) Vgl. U.S. Government Organization, Manual 1962-1963, betr. "Federal Trade Commission", sowie Katzke, aaO, S. 1385, Anm. 19.

durchsetzen¹⁾. Infolge der langen Verfahrensdauer bei der FTC, die durch die verschiedenen Stationen des Verfahrens vor dieser bis zum Erlaß der abschließenden order bedingt ist, und der unbefriedigenden Tatsache, daß der Verletzer bis dahin nicht gehindert werden kann, seine illegalen Praktiken fortzusetzen, sind schon mehrfach im amerikanischen Congress Gesetzentwürfe eingebracht worden, durch die Section 5 des Federal Trade Commission Act in der Weise ergänzt werden soll, daß die FTC auch auf dem Gebiet ihrer Antitrusttätigkeit selbst sog. temporary cease and desist orders erlassen kann, vgl. z.B. die in der Form sog. companion bills²⁾ im 87. Congress eingebrachten Gesetzgebungsvorschläge S. 2552 (im Senat durch Senator Sparkman) und H.R. 8830 (im House of Representatives durch den Abgeordneten Steed).

Diese Gesetzgebungsvorschläge sind jedoch bisher nicht zum Gesetz erhoben worden, obwohl ihre Annahme z.B. auch durch den amerikanischen Präsidenten in seiner Botschaft vom 15. März 1962 betreffend "Protecting the Consumer Interest" empfohlen worden war. Es haben zwar die bei jedem Gesetzgebungsvorschlag üblichen Hearings stattgefunden, so z.B. hinsichtlich der vorgenannten companion bills insbesondere ein Hearing am 24. Mai 1962, in dem der damalige Vorsitzende der FTC, Mister Dixon, sie befürwortete und einige Änderungsvorschläge machte³⁾.

1) Vgl. Katzke, aaO, S. 1386/87.

2) In den USA besteht die Besonderheit, daß Gesetzgebungsvorschläge in beiden Häusern des Congresses eingebracht werden können; wird von dieser Möglichkeit einer gleichzeitigen Einbringung eines Gesetzgebungsvorschlages mit gleichem Text Gebrauch gemacht, werden beide Vorschläge als sog. companion bills bezeichnet.

3) Statement of Paul Rand Dixon, Chairman Federal Trade Commission, before the Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives. Die Änderungsvorschläge von Mr. Dixon sind am Ende der Dissertation hinter Anhang I abgedruckt.

Wie der Text des im jetzigen Congress (House of Representatives) am 5. Januar 1965 durch den Abgeordneten Roosevelt eingebrachten Gesetzgebungsentwurfes - 89 th Congress 1st Session H.R. 1574 - erkennen läßt, in dem ähnlich wie beim Bundestag in jeder neuen Legislaturperiode nicht verabschiedete Gesetzgebungsvorschläge aus der vorangegangenen neu eingebracht werden müssen, sind jedoch nicht einmal diese Änderungsvorschläge bei dem jetzigen Entwurf übernommen worden. Der neue Entwurf entspricht vielmehr den auch in den dazwischenliegenden Legislaturperioden eingebrachten Vorschlägen¹⁾ und ist am Ende dieser Untersuchung als Anhang I abgedruckt.

B. Einstweilige Anordnungen im Zivilverfahren
a) der Antitrust Division

Im Gegensatz zur FTC kann die Antitrust Division schon vor Abschluß des Hauptverfahrens Maßnahmen gegen einen Verletzer der Antitrustgesetze ergreifen. Zwar kann auch die Antitrust Division selbst keine einstweiligen Anordnungen erlassen, sie kann jedoch bei dem Gericht (District Court), bei dem auf ihren Antrag ein Hauptverfahren gegen einen Verletzer eingeleitet worden ist, nach Section 4 des Sherman Act oder Section 15 des Clayton Act den Erlaß einer temporary restraining order oder preliminary injunction beantragen.

Das Schwergewicht der Tätigkeit der Antitrust Division liegt heute auf dem Gebiet der Konzentration (mergers),

1) Im 87. Congress die bereits erwähnten Entwürfe H.R. 8830 und S. 2552, die auch für den 88. Congress unverändert übernommen worden waren (zwei gleichzeitig am 9. Januar 1963 im House of Representatives von den Abgeordneten Steed und Patman eingebrachte Entwürfe H.R. 594 und H.R. 1105).

die unter Section 7 des Clayton Act von 1914 fällt¹⁾. Da das GWB auf dem Gebiet der Konzentration, abgesehen von den §§ 22 und 23 GWB, bisher keine Befugnisse der Kartellbehörde vorsieht, sind dieser Tätigkeitsbereich der Antitrust Division und die auf diesem Gebiet auf ihren Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction ergangenen Gerichtsentscheidungen für einen Rechtsvergleich im gegenwärtigen Stadium von keiner praktischen Bedeutung. Infolgedessen sollen anschließend nur die in Gerichtsentscheidungen aus jüngster Zeit erkennbaren Grundsätze für die Gewährung einer preliminary injunction auf dem Gebiet der Konzentrationsbekämpfung kurz wiedergegeben werden:

1. Eine unzulässige Verschmelzung und damit ein Verstoß gegen Section 7 liegt dann nicht vor²⁾, wenn eines der beiden Unternehmen finanziell schwach ist oder beide Unternehmen durch die Verschmelzung in die Lage versetzt werden, mit marktbeherrschenden Unternehmen zu konkurrieren. Diese Ausnahme wurde im Falle U.S. v. Aluminium Co. of America (Alcoa) verneint³⁾, im Falle U.S. v. Gimbel Brothers, Inc., hingegen bejaht⁴⁾. In letzterem Falle wurde festgestellt, daß der Umsatz des von Gimbel aufzunehmenden Unternehmens Ed. Schuster & Co. Inc. derart zurückgegangen war, daß dieses bereits eine Filiale schließen mußte.

1) Wegen der Entwicklung der Zuständigkeiten von FTC und Antitrust Division und ihrer heutigen Tätigkeitsbereiche vgl. Katzke, aaO, S. 1384.

Wegen der letzten Entwicklung auf diesem Gebiet, soweit es sich um die Tätigkeit der FTC handelt, siehe auch Elman, S. 385.

- 2) U.S. Supreme Court im Falle Brown Shoe Co. v. U.S., Trade Reporter Nr. 50 vom 25.6.1962 x 25/45.
- 3) Federal District Court for Eastern Missouri vom 30.7.1962, Trade Reporter Nr. 57 vom 14.8.1962, S. 8/9.
- 4) United States District Court for the Eastern District of Wisconsin vom 28.3.1962, 202 Federal Supplement 779.

Zur Rechtfertigung einer preliminary injunction bedarf es jedoch nicht der Feststellung, daß die Antitrust Division nach dem Ergebnis der Voruntersuchung einen zweifellosen Anspruch auf eine obsiegende Entscheidung in der Hauptsache hat¹⁾.

2. Eine preliminary injunction darf nur bei Drohen eines erheblichen und nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Allgemeinheit erlassen werden²⁾. Das Vorliegen dieser Voraussetzung wurde z.B. im Falle U.S. v. Parents Magazin Interprise, Inc., bejaht³⁾, in dem die verschmelzenden Unternehmen den Verschmelzungsvorgang bereits vor dem offiziellen Termin vollziehen wollten. In diesem Falle wurde daher die beantragte preliminary injunction noch am Tage der Klageeinreichung erlassen.

Im Falle U.S. v. Gimbel Brothers, Inc., überwog hingegen nach Ansicht des Gerichtes der im Falle des Erlasses einer preliminary injunction bei dem aufzunehmenden Unternehmen eintretende Schaden, insbesondere für den Fall, daß die Antitrust Division im Hauptverfahren unterliegen würde.

3. Durch die preliminary injunction soll dem aufzunehmenden Unternehmen die Möglichkeit eines weiteren selbständigen Fortbestehens für den Fall einer endgültigen Untersagung des Verschmelzungsvorganges ermöglicht werden, da andernfalls die Fähigkeit des

-
- 1) "To justify a temporary injunction it is not necessary that the plaintiff's right to a final decision, after a trial, be absolutely certain, wholly without doubt; if the other elements are present (i.e., the balance of hardships tips decidedly toward plaintiff), it will ordinarily be enough that the plaintiff has raised questions going to the merits so serious, substantial, difficult, and doubtful, as to make them a fair ground for litigation and thus for more deliberate investigation" (Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 206 F. 2 d 738, 740, 742 (C.A.2, 1953)).
 - 2) "Until the government shows that it (1) will suffer certain and irreparable injury, and (2) has a clear and probably right to relief on the merits (Federal District Court for Eastern Missouri v. 30.6.1962, aa0).
 - 3) Federal District Court for Northern Illinois (Chicago) v. 10.8.1962, Trade Reporter Nr. 58 v. 21.3.1962 A 6.

Gerichtes zum Erlaß einer ausführbaren Endentscheidung begrenzt wäre¹⁾. Aus diesem Grunde wurden z.B. im Falle U.S. v. Alcoa²⁾ zur Aufrechterhaltung einer Trennung der beiden Unternehmen folgende detaillier- te Anordnungen erlassen:

"The Court orders that, pending final disposition of this action, the defendants, Aluminum Company of America and Cupples Products Corporation, are hereby enjoined as follows:

1. From any further consolidating or commingling of any business assets, financial, good will, personnel or otherwise;
2. Defendant Cupples shall continue to exercise independent judgment and activity in its operations;
3. Defendants Alcoa and Cupples shall continue to publicize distinctly the name of Cupples in connection with products Cupples manufactures and to make no more pronounced indication of Cupples affiliation with defendant Alcoa than exists in the exhibits before this Court;
4. Defendants Cupples and Alcoa shall maintain separate pension plans;
5. Defendants Cupples and Alcoa shall maintain separate sales organizations;
6. Defendants Cupples and Alcoa are restrained from transferring any Cupples employees to Alcoa, and Alcoa is restrained from employing any of Cupples employees;
7. Defendant Alcoa is enjoined from selling or conveying any Cupples stock acquired by Alcoa;
8. Defendant Alcoa shall continue to hold the title to the real estate and equipment of the recently built plant at Corona, California, in its subsidiary Gateway Properties, Inc. This plant shall be operated by Cupples and the products made therein shall be Cupples products and shall be sold and advertised as Cupples products."

1) U.S. v. Alcoa, aaO.

2) aaO; ähnliche detaillierte Anordnungen wurden im Falle U.S. v. Greater Buffalo Press, Inc., Urteil des Federal District for Western New York vom 22.6.1962, Trade Reporter Nr. 54 vom 24.7.1962 A 6/7, erlassen.

Zur Erleichterung der Voraussetzungen für die Gewährung einer preliminary injunction durch die Gerichte bei Verletzung von Section 7 des Clayton Act hat der Abgeordnete Celler im House of Representatives gleichfalls einen Gesetzentwurf (H.R. 12032) eingebracht¹⁾. Dieser Gesetzgebungsvorschlag, durch den Section 15 ergänzt werden soll, ist mit seinem Wortlaut als Anhang II abgedruckt.

b) von Privatpersonen

Rechtsgrundlage für eine der einstweiligen Verfügung der ZPO entsprechende preliminary injunction zugunsten einer Privatperson oder -firma ist Section 16 des Clayton Act. Es muß dargetan werden, daß die unmittelbare und nicht wieder gutzumachende Gefahr eines derartigen Verlustes oder Schadens infolge einer Verletzung der Antitrustgesetze besteht; es muß ferner eine Sicherheit (proper bond) für den Schaden gestellt werden, der durch eine unbedachtsam gewährte injunction entstehen kann. Die preliminary injunction wird schließlich nur unter denselben Bedingungen und Prinzipien erlassen, unter denen eine einstweilige Verfügung (injunctive relief) gegen ein Gefahr drohendes Verhalten durch die courts of equity gewährt werden würde. In Section 16 und 20 des Clayton Act sind verschiedene Ausnahmen aufgezählt, in denen keine preliminary injunction erlassen werden kann; es handelt sich dabei um Verfahren gegen Verkehrsunternehmen, die als eine der sog. regulated industries²⁾ der besonderen Kontrolle der Interstate Commerce Commission unterstellt worden sind, sowie um arbeitsrechtliche Streitigkeiten, die in diesem Zusammenhang wohl nicht interessieren.

1) Vgl. Trade Reporter Nr. 48 vom 12.6.1962, A 2.

2) Vgl. Katzke, aaO, S. 1386, insbesondere Anm. 20.

Als Ergebnis der Rechtsvergleichung mit dem amerikanischen Antitrustrecht muß festgestellt werden, daß diese, solange das Bundeskartellamt im Gegensatz insbesondere zu der Antitrust Division des US Federal Department of Justice keine Befugnisse auf dem Gebiet der Bekämpfung der Konzentration hat und umgekehrt die Federal Trade Commission auf dem derzeitigen Arbeitsgebiet des Bundeskartellamtes keine einstweiligen Anordnungen erlassen kann, nur beschränkten Wert hat. Sie kann daher lediglich Aufschlüsse für eine Regelung de lege ferenda geben, insbesondere für den Fall, daß bei einer künftigen Novellierung des GWB die Befugnisse des Bundeskartellamtes auf dem Gebiet der Konzentration erweitert werden sollten.

A n h a n g

89TH CONGRESS
1ST SESSION

H. R. 1574

IN THE HOUSE OF REPRESENTATIVES

JANUARY 5, 1965

Mr. ROOSEVELT introduced the following bill; which was referred to the Committee on Interstate and Foreign Commerce

A BILL

To amend the Federal Trade Commission Act to provide for the issuance of temporary cease and desist orders to prevent certain acts and practices pending completion of Federal Trade Commission proceedings.

1 *Be it enacted by the Senate and House of Representa-*
2 *tives of the United States of America in Congress assembled,*
3 That section 5 of the Federal Trade Commission Act (15
4 U.S.C. 45) is amended by adding at the end thereof the
5 following new subsection:

6 “(m) Whenever the Commission has reason to believe
7 that—

8 “(1) any person, partnership, or corporation has
9 been or is using any method of competition or act or

1 practice in violation of this section or of any other pro-
2 vision of law, the violation of which the Commission
3 is authorized to prevent through the issuance of a cease
4 and desist order; and

5 “(2) that the enjoining thereof pending the com-
6 pletion of proceedings pursuant to a complaint by the
7 Commission under subsection (b) of this section or
8 under any other provision of law which authorizes the
9 Commission to issue a complaint and an order to cease
10 and desist thereunder, would be to the interest of the
11 public and would prevent irreparable harm, the Com-
12 mission may in issuing the complaint, or at any time
13 thereafter during the litigation or adjudication of issues
14 thereunder, serve notice on the respondent that it pro-
15 poses to issue a temporary cease and desist order to be
16 in effect pending the completion of the proceedings by
17 the Commission pursuant to the complaint and until
18 such time as the complaint should be dismissed by the
19 Commission or any order of the Commission to cease
20 and desist issued thereunder should be set aside by a
21 court on review, or the order to cease and desist made
22 thereon has become final otherwise: *Provided, however,*
23 That the person, partnership, or corporation to whom
24 such complaint and proposed temporary cease and desist
25 order is directed shall have the right to appear before

1 the Commission at the time and place fixed in the com-
2 plaint to show cause why such proposed temporary
3 cease and desist order should not be issued. If the Com-
4 mission should conclude that a prima facie showing has
5 been made that it would be to the interest of the public
6 and required to prevent irreparable harm for the Com-
7 mission to issue a temporary cease and desist order in
8 the proceeding, and that the person, partnership, or
9 corporation to whom the complaint has been directed
10 has not shown cause why such temporary order should
11 not be issued, then it shall be the duty of the Commis-
12 sion to issue such temporary cease and desist order.
13 The court of appeals of the United States within any
14 circuit where the method of competition or the act or
15 practice in question is used, or where the person, part-
16 nership, or corporation complained of resides or carries
17 on business, upon application of the Commission, or the
18 person, partnership, or corporation to whom the tem-
19 porary order to cease and desist is directed, shall have
20 jurisdiction to determine whether the person against
21 whom the temporary order was directed was given a
22 hearing thereon and otherwise afforded due process in
23 connection therewith and, if so, the court shall then issue
24 its order directing compliance with any temporary cease
25 and desist order issued by the Commission under this

1 subsection, and any failure to obey such order of the
2 court may be punished by the court as a contempt
3 thereof."

Anderungsvorschläge von Mr. Dixon im Hearing am
24. Mai 1962 vor dem Committee on Interstate and
Foreign Commerce, House of Representatives zu dem dem
vorstehend abgedruckten Gesetzgebungsentwurf H.R.1574
entsprechenden früheren Gesetzgebungsentwurf H.R.8830

(1) Auf S. 3 soll in der 1. Zeile "complaint" durch
"notice" ersetzt werden.

(2) Der auf S. 3, Zeile 3 beginnende Satz soll fol-
genden Wortlaut erhalten:

"If the Commission should conclude that a prima facie showing has been made that the practices involved are unlawful, that it would be to the interest of the public and required to prevent irreparable injury to the public for the Commission to issue a temporary cease and desist order in the proceeding, and that the person, partnership, or corporation to whom the temporary cease and desist order has been directed has not shown why such temporary order should not be issued, then it shall be the duty of the Commission to issue such temporary cease and desist order."

(3) Der gesamte Text zwischen S. 3, Zeile 12 und
S. 4, Zeile 3 soll durch folgenden Wortlaut er-
setzt werden:

"The court of appeals of the United States within any circuit where the method of competition or the act or practice in question is used, or where the person, partnership, or corporation complained of resides or carries on business, upon application of the Commission, or the person, partnership, or corporation to whom the temporary order to cease and desist is directed, shall have jurisdiction to direct compliance with or to modify or set aside the temporary cease and desist order issued by the Commission; and, upon application of the Commission, supported by the record of

the proceeding before the Commission, the court shall issue its own order directing compliance with such temporary cease and desist order unless the court finds that the Commission in issuing such order abused its discretion by acting arbitrarily or capriciously, or that the findings of the Commission are not supported by substantial evidence. Any failure to obey such order of the court may be punished by the court as a contempt thereof. Proceedings in the United States courts of appeal instituted to enforce compliance with or to modify or set aside temporary cease and desist orders of the Commission shall be given precedence over other cases pending in such court, and shall in every way be expedited."

Anhang II

Text eines im House of Representatives vom Abgeordneten Celler eingebrachten Gesetzgebungsentwurfes zur Ergänzung von Section 15 des Clayton Acts betr. Erleichterung der Voraussetzungen für den Erlaß einer preliminary injunction durch die Gerichte bei Verletzungen von Section 7 - H.R. 13032 -

"An application for a temporary restraining order or preliminary injunction under this section to prevent a violation of section 7 of this act shall be granted if the court shall find there is reasonable cause to believe that

- (1) an acquisition within the meaning of section 7 will be consummated unless enjoined;
- (2) divestiture or other appropriate relief will be difficult to effect if the proposed acquisition is found unlawful;
- (3) in any line of commerce in any section of the country the effect of the proposed acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly; and
- (4) exceptional circumstances do not exist for the denial of the application."

Lebenslauf

Ich wurde am 13. April 1931 als Sohn des Studienrates Johann Katzke und seiner Ehefrau Hildegard geb. Schwiebs, einer Tochter des Regierungsassessors a.D. und Syndikus Dr. jur. Richard Schwiebs, in Berlin geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und des Arndt-Gymnasiums in Berlin-Dahlem war ich 1942/43 zunächst im Internat des Joachimsthalschen Gymnasiums in Templin/Uckermark und besuchte sodann bis Kriegsende die Oberschule in Bad Liebenstein/Thüringen und ab 1946 die Oberschule in Bad Pyrmont, an der ich im Frühjahr 1950 die Reifeprüfung bestand.

Ich studierte die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz (1950-51) und an der Freien Universität Berlin. Im Juni 1954 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin. Während meines anschließenden juristischen Vorbereitungsdienstes im Bezirk des Kammergerichtes setzte ich mein volkswirtschaftliches Studium fort. Im Juni 1958 bestand ich gleichfalls vor dem Justizprüfungsamt Berlin die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit Februar 1959 bin ich, abgesehen von einer vorübergehenden Abordnung in das Bundeswirtschaftsministerium, im Bundeskartellamt in Berlin - jetzt als Regierungsrat - tätig. Im Rahmen eines Sonderurlaubs habe ich 1962/63 als Stipendiat des Airlift Memorial Fund amerikanisches Antitrustrecht an der Columbia Universität in New York studiert.

Am 21. Dezember 1965 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

